目錄

第二編　個人的基本權利與義務……一〇九

附錄……七六五

參考書籍……八四一

比較憲法

第一編　緒論

一切治憲法學的人，自應首先對於憲法與國家這兩個名詞，有相當之了解。本書第一編的目的，即在分別說明我們對於這兩個名詞必須具備的幾種概念。

第一章　憲法的概念

第一節　憲法的特性

『憲』及『憲法，』爲吾國舊有名詞。 這些舊名詞的意義，係指『典章，』『法度』而言，係指一般的法規而言，與今人之所謂『法』者約略相當，與今人之所謂『憲法』者有別，如尙書所謂『監於先王成憲，』國語所謂『賞善罰姦，國之憲法，』皆是。 國人今日稱用憲法這個名詞，係借舊詞以表新義，係歐語 Constitution 及 Verfassung 等字之轉譯；不復含有一般法的意味。 惟是今人雖不復以憲法泛指一般法律，而憲法這個名詞，在今人用語中，卻是一個含有歧義的名詞。 這是因爲憲法本身的特性含有形式的與實質的兩面。 今人稱用憲法這個名詞，或指其形式的特性而言，或指其實質的特性而言，所以彼此儘管同用一個名詞，而其意義卻往往不一致。 然則從憲法的形式上及實質上分別觀察，所謂憲法的特性者究竟何在？

一 形式上之特性 從形式方面說，誠然沒有一種特性，可以說一切國家的憲法都具備。 但就現代大多數國家之實例而言，憲法卻都具有次列兩種特性之

一，或兼具次列兩種特性。　這兩種特性，都是屬於憲法形式方面的；這兩種特性，也就是現代憲法的特色；也就是現代人士的憲法觀念之特點：

第一，**憲法的效力高於普通法律**。　這就是說憲法與普通法律有主臣之別；普通法律與憲法條文相抵觸時，則普通法律失其效力。　這是晚近一般學者所認爲憲法應具之一種特性。　一般學者彼此意見上之互異，不在憲法之應否具有此種最高性，而在此種最高性之應否具備一種有效的保障。　許多國家，不獨承認憲法之效力高於法律，並且對於憲法之此種最高性，設有一種有效的保障——卽法庭對於違反憲法之普通法律，得以拒絕適用。　有些憲法學者，儘管承認憲法之效力應高於普通法律，儘管承認普通法律不得抵觸憲文，卻不主張設置此類保障。　有些國家之憲法，實際上亦尚未設定此類保障。　凡此俱將於本書論法院的解釋憲法權時細爲論列，㊀這裏姑不具述。

註㊀　第四編第三章第三節

第二，**憲法的修改異於普通法律。** 這就是說，修改憲法的機關或手續與修改普通法律者不同。 這個特性，祇有一般所稱為剛性憲法者纔具備。 但現代國家雖然不都採用剛性憲法，剛性憲法卻是現代極大多數國家的憲法所採取的形式。所以這個特性，實際上究可以說是現代一般憲法的特性。 不但如此。 憲法的效力既然要高於普通法律，則在理論上講，變更憲法的機關，自應與普通法律有異；就令機關相同，變更憲法之手續，亦應與普通法律有別。 假定憲法與普通法律，都由一個機關變更，這個機關變更憲法之手續又與制定普通法律一樣，將不獨憲法與法律效力之不平等，於法理上不能得着一個完滿的說明，事實上，憲法亦必不易建立一種優越的權威，或維持一種優越的權威。 所以在理論上講，憲法的這個特性，可以說是前一個特性的附屬性。

二 實質上之特性 如僅據上述兩種形式上之特性，以立憲法這個名詞的界說，則現代諸國中，便有少數國家——最著者為英憲——可以說是完全沒有憲

法；因爲在這些國家之中，一切法律，效力都是相等的；一切法律都是由同一機關（卽議會）依同一手續制定的。但是憲法這個名詞，除卻他的形式的意義而外，亦尙有他的實質的意義。學者間稱用憲法這個名詞往往不是指着一種形式上具有何種特性之法律而言，祇是指着一種實質上具有某某特性之法律而言。所謂實質，就是憲法裏面所規定的事項，就是憲法的內容。就憲法的實質說，憲法的特性在規定國家根本的組織。如根據這個標準以立憲法的界說，就是英意等國自然也有他們的憲法，

然則關係國家根本組織之事項，究竟又是那些事項？這個問題的答案，理論與列國實例頗不一致，而有分別解釋之必要。

就理論言，憲法既爲規定國家根本組織之法律，則憲法之內容應以次之三項事件，爲其範圍：

第一，個人之基本權利與義務。所謂個人之基本權利，在十八世紀法美大革

命時代，殆限於彼等『人權宣言』中之所謂『人權』，卽人身自由，言論自由，集會自由等等是。 近人之所謂個人基本權利，尙不止此。 所謂個人之基本義務，在法國第一次共和後第三年（一七九五年）憲法內，人民權利與義務之宣言中，亦卽有所宣示；特該法之所宣示，仍不過服從法律，捍禦國家，與負擔租稅等義務而已，較諸晚近憲法之列舉個人基本義務者，其種類或範圍，殊形狹小。 然無論權利與義務之正當範圍，應如何劃定，憲法之爲物，旣爲規定國家根本組織之法律，固卽規定個人與國家的關係之根本法律，以是個人之基本權利與義務，總應於此根本法上有所規定，蓋所謂個人之基本權利，卽國家權力之限度，卽國家所不應侵犯之權利；所謂個人之基本義務，卽人民所必須犧牲之自由，卽人民對於國家所必須負擔之義務；二者蓋俱所以劃定國家與人民之關係者也。

第二，國家最重要機關之組織職權及其相互關係。 所謂國家之最重要機關，雖無確定之範圍，然最高行政，立法，司法諸機關之組織職權，及其相互關係，固不容

不於憲法有所規定。此類機關之組織，職權，及其關係，雖然仍有許多部分必須以普通法律爲補充的或具體的規定，然凡與國家組織有重大關係者，固不容不規定於憲法之中。至於中央機關與地方機關之關係，在單一國家，雖不於憲法上有何規定，在聯邦國家，則中央與各邦之權限，固莫不於憲法上劃定。

第三，憲法之修改。在十八世紀期內，歐洲大陸學者間對於憲法修改問題，頗有幾種不甚切中事理之主張。其一，以爲憲法之變更，應永遠取得人民全體一致之同意。凡不同意者，得脫離國家。此爲瑞士十八世紀有名公法學者華特爾(Vattel)氏之主張。循此說而推論之，則憲法之修改，在原理上既有當然之手續，則憲法之給以規定與否，殆無何許重要。其二，以爲憲法之修改，儘可由人民隨時自由決定其機關與方法，而不必有一定之手續。其所以然，則因人民爲主權主體之故。人民既爲主權之主體，其意志自不受限制，由是憲法上便不應預定修改之手續；憲法之規定，祇在束縛議會，祇在束縛根據憲法而產生之機關（是卽法人

之所謂 pouvoir constitué)而非所以束縛享有制憲權之人民，或其所選出之制憲機關（是卽法人之所謂 pouvoir constituent)。此說爲法國大革命時代政論家史鄒（Siéyès）之所主張。循此說而推論之，人民之制憲權既不受任何預定之限制，則憲法上殆不應有規定憲法修改手續之條文。然就實際言，以上二說之弱點蓋甚鮮明；倘憲法之修改，概須取得人民全體一致之同意，而凡不能同意者便須脫離國家，則修改憲法一次，便卽改造國家一次，人民或領土亦將隨憲法之修改而變更。倘憲法之修改，應不受預定之限制，則憲法修改一次，便同於革命一次，其修改時之困難與危險，又將達何程度？以是二氏之所主張，終亦未爲當時一般人士所篤信。當時人士之所篤信，與近代憲法之所採納者，仍在第三種主張，卽憲法之修改應一本憲法條文之所定是已。換言之，關於憲法修改機關與手續雖無一定不易之原則，而此種機關與手續之必須規定於憲法，則不容否認。盧梭(J. J. Rous-

seau）似即爲首倡此種主張之人㈠。

以上所述，都只是從理論上推究憲法應有的內容；且即在理論上講，所謂人民的基本權利與義務，所謂國家最重要機關之組織，職權，及其關係，亦初無一定不易之範圍。　實際上一國有一國的政情；一國人士有一國人士的政治觀念；甲國人士所認爲應該入憲之事項，乙國人士或認爲不應入憲。　以故實際上列國憲法所規定之事項，彼此往往互異，有些憲法甚至極端的與上述理論上之範圍不一致。　玆舉數例即可瞭然於實際與理論之如何相異，以及列國憲法互異之程度：

法蘭西一七八九年大革命發生後，制憲機關之第一宣示，便是『人權宣言』，蓋即人民的基本權利之宣示；其第一次共和之第三年（一七九五年）且以人民之基本權利與義務並列入憲法之中，而成爲人民權利與義務之宣言。

註㈠　以上諸說，見 Esmein, Droit Constitutionnel, Français et Comparé （一九二一年第七版）上卷第568－571頁。

然法國一八七五年之憲法（卽其現行憲法，）卻無關於人民權利與義務之規定。復次，德國一八七一年之憲法初無規定人民基本權利與義務之條文；其一九一九年新憲法，則於此特設專章，爲極冗長之規定。吾國辛亥革命後第一次頒布之臨時憲法（中華民國臨時政府組織大綱，）亦毫未列舉此種權利或義務；民國元年南京參議院制定臨時約法時，對於此種權利與義務，始設專章爲之規定。由斯以觀，足見列國憲法，對於人民基本權利與義務問題，有給以規定者，亦有完全省略者；甚至一個國家之憲法，有時給以規定有時毫不給以規定。但就一般國家之憲法而言，此種權利與義務之規定，究皆構成憲法之重要部分，彼此之互異，祇在此種權利或義務之種類與範圍。

至於關於國家重要機關之組織，職權，及其相互關係等問題，列國憲法之所規定，詳略亦極不一致。或則對於絕對的不容抹煞之問題，亦省略而不給以規定；例如坎拿大及與大利亞之內閣，俱係對議會負責任之機關——是卽所謂議會內

閣制。——然坎拿大及澳大利亞憲法，固無規定內閣對議會負責之明文，而僅令此制存於習慣之中；法蘭西一八三〇年之憲法，亦未以明文規定議會內閣制，然在路易菲律浦王政期間內（一八三一——一八四八）此制亦實顯然行於法國。足見絕對的關係國家根本組織之事項，有時亦爲列國憲法含糊過去或全被省略。㈢或則對於特種問題，雖其性質在理論上殆極端的無關國家根本之組織，亦復詳細的規定於憲法條文之內；例如瑞士憲法，對於中央與各州之權限，規定便極形繁雜，吾人倘通覽其全文，將見極具體之問題，如漁，獵，貧民疾病與葬埋，牲畜之疾病，以及賭博，開彩等類之事件，亦已深煩憲文爲之規定。除以上所述之極例而外，其他憲法對於若干種問題，因其應否規定於憲法，與應否詳定於憲法，在理論上尚多少有可討論之餘地，——例如議會選舉權及被選舉權，預算決算，會計等問題——彼此

註㈢ 吾國民國元年臨時約法，對於內閣是否對議會負責之問題規定亦不十分明瞭；其第四十四條所云「國務員輔佐臨時大總統負其責任」一語，含義亦不免幾分含糊。

自更互異其繁簡。惟就晚近歐洲新造國家之憲法考之，則憲法之內容，大都趨於繁細耳。

就是憲法修改問題，列國憲法，亦有完全省略規定者；意大利的現行憲法卽最著之一例。㊂

第二節　憲法的種類

註㊂　意大利現行憲法，仍是一八四八年所頒布之根本法(Statuto Fondamentale del Regno)；該憲頒布以後迄今七十餘年，其條文從未正式修改過；但該憲之條文實際上被習慣或議會所制定之法律變更者卻屬不少；意大利法學家亦不認該憲爲永遠不可變更之物，而認意大利議會有修改該憲之權能。　參看 McBain and Rogers, The New Constitutions of Europe （紐約一九二二年版）第 550 頁以下及 Ogg: The Governments of Europe （紐約一九二〇年版）第516—518頁。

憲法之分類，亦與其他事物之分類一樣，可有種種分類的標準， 分類的標準不同，分類的結果自異。 如以憲法的淵源爲分類的標準，則列國憲法便有成文憲法與不成文憲法之別。 如以憲法修改的難易爲分類的標準，則列國憲法便有剛性憲法與柔性憲法之別。 如以制定憲法的機關爲分類的標準，則列國憲法，便有民造憲法，協定憲法，與欽定憲法之別。

一　成文憲法與不成文憲法　歷來學者，率分憲法爲兩種：一爲成文憲法，一爲不成文憲法。 『不成文法』之名詞，係沿自羅馬；然羅馬法家之所謂『不成文法』(ius non scriptum) 原義係專指習慣法而言，而今人之所謂不成文憲法，其義初不祇此；所以我們不能望文生義而目不成文憲法與習慣憲法爲一物。 今人之所謂成文憲法與不成文憲法，其界說有如以次所述：

凡將關係國家根本組織之事項，以一種文書或數種文書規定者，謂之成文憲法。 以故成文憲法間亦稱爲文書式的憲法 (documentary constitution)。 列國憲

法之具成文形式者，大率爲單一的文書，換言之，卽一種法典，如吾國臨時約法是。然亦有以數種文書構成一種成文憲法者，法蘭西之現行憲法，卽其明例因爲法蘭西現行憲法，實包含着一八七五年內自二月至七月所陸續頒布之三種法律。㊀反之，如關係國家的根本組織之規定，未嘗併諸一種文書或數種文書之內，而散見於習慣法與諸種文書（卽單行法律）中者，則爲不成文憲法　在現代國家中，凡關於國家根本組織之事項，固未有完全存諸習慣中者。現代國家，就令他的憲法爲不成文憲法，亦衹是一部分憲法散見於習慣之中，他一部分則亦爲文書式之法律。不成文憲法之名詞，所以不能與習慣憲法混爲一物者以此。英格蘭就是這樣的一個例。英格蘭憲法之一部分，固存於習慣法之中，然與英國政治組織有根本關係之事項，亦有許多部分業經文書規定；例如一六八八年限制國王特權之法

註㊀　卽一八七五年二月二十五日規定『公共機關的組織』之法律，一八七五年二月二十四日規定『參議院的組織』之法律；一八七五年七月十六日規定『公共機關的關係』之法律。

律(Bill of Rights)，一七〇一年規定皇室承繼及其他問題之法律 (Act of Settlement)，一九一一年規定上下兩議院權限之法律(The Parliament Act)，固都是文書式的根本法。㊀

註㊀ 英國憲法之存於習慣者頗黍，以次即最著之數例：

（一）內閣不得下議院信任則須去職，或解散下議院以訴諸選民（卽舉行下議院之改選）；如訴諸選民後仍不得下議院之信任，內閣必須去職。

（二）國務員全體對於議會須連帶負責。

（三）在下議院能支配多數議員之政黨，有組閣之特權。

（四）議會至少須每年召集一次。

（五）一切財政案 (Money Bill) 俱須首先提出下議院。

次列諸法，則爲一般所認爲英憲之成文部分。

（一）一二一五年大憲章(Magna Carta)；其內容係限制國王的課稅權及其他專權。

（二）一六二八年權利請願書 (The Petition of Right)；此項請願書曾經國王批准，其

雖然，上述成文憲法與不成文憲法之別，亦不過是就大體而言。嚴格的講，現今立憲國家，其憲法有一部分存於習慣，而不存於律文者，實不限於採用不成文憲法之國家；即在採用成文憲法之國家，往往因憲法條文之疎略與含混，或因憲法條文與事實之難於融洽，亦不免產生許多的憲法習慣，以爲成文憲法之補充，甚或與成文憲法之條文公然牴牾。例如美國憲法，本未明白禁止一人充任總統至三次；然自華盛頓宣言一人不宜充任三次總統因而拒絕爲第三任總統之候補人而後，

內容係規定課稅須得議會同意等事項。

（三）一六八八年權利宣言（The Bill of Rights）；其內容係規定國王不得停止法律之執行，非經議會許可，國王不得于平時置常備軍，議會以內之言論，會外不得干涉等事項。

（四）一七〇〇年皇位繼承法（The Act of Settlement）。

（五）一八三二年，一八六七年，一八八四年及一九一八年的衆議院選舉法。

（六）一九一一年議會法（The Parliament Act）；其內容係規定議會上下兩院的權限。

一人之不能三次充任總統，已成美國之一種憲法習慣。類此之例，殆無國蔑有以故嚴格講來，成文憲法與不成文憲法之別，仍不過一個程度問題而已。晚近學者之不滿意於此種分類法，亦卽以此。

至就成文憲法與不成文憲法之優劣而言，則前者較諸後者可說是有兩種特長：其一，成文憲法較爲明晰，人民之權利，遂亦易受憲法之保障；倘採不成文憲法，則憲法上之一部分或大部分問題，既僅存於習慣之中，一般人民，於其本身之權利，與國家機關之權限，便不易有明白堅强之意念；因習慣之爲物，畢竟爲欠明瞭，欠確定之物故也。由是運用憲法者，往往能蹂躪之，玩弄之，而無庸反抗。假使操握政權之人，缺乏之優越的政治道德，則玩弄憲法或蹂躪憲法之事實殆極難免。其二，成文憲法既然較爲明晰，則雖缺乏優良的政治訓練與知識之人，亦或能運用自如；反之不成文憲法，則因其內容缺欠明瞭確定，其所須乎運用者之訓練與知識，亦自較高。不成文憲法之運用，既須乎優越的政治道德與知識，所以論者直認此類憲法

只宜於一種優良的貴族國家，而不適於民治國家。(三) 徵諸實際，採用不成文憲法者在近今立憲國家中，除英格蘭而外，歐戰前只有匍牙利；歐戰而後，歐洲大陸之新造國家，至爲不少，然亦莫不制定一種成文憲法；就中沿用不成文憲法者，仍惟匍牙利而已。

二　剛性憲法與柔性憲法

憲法之分爲柔性憲法(flexible constitution)與剛性憲法(rigid constitution)，始於近人蒲徠士(Bryce)氏。(四) 蒲氏之此種分類法，與前述之分類法有異，因爲蒲氏之所謂柔性憲法，在現代實例中，雖俱爲不成文憲法，然現代之成文憲法，固不皆爲剛性憲法。

柔性憲法這個名詞，係指憲法修改之機關及手續，俱同於普通法律者而言。

註(三) Bryce, Studies in History and Jurisprudence 書中論 Flexible and Rigid Constitutions 篇。

註(四) Bryce 前書前篇。

換言之，凡以憲法修改之權，委之普通立法機關（議會）而其修改之手續，亦與普通立法手續相同時，則其憲法為柔性憲法。 其所以名之為柔性，亦即因其修改同於普通法律而無特殊困難之故。 繩以此種界說，則現代憲法之為柔性憲法者實屬寥寥；除英格蘭匈牙利兩個不成文憲法的國家當然屬於柔性憲法的系統而外，意大利的成文憲法，亦為一種柔性憲法，㊄

所謂剛性憲法，係指憲法修改之機關或其修改之手續，不同於普通法律者而言。

準斯廣泛的定義，則所謂剛性憲法，實含有兩類： 第一類，在令修改憲法之機關，有別於普通立法機關。 所謂有別於普通立法機關者，或則以憲法修改之權，完全委諸特殊制憲團體，而毫不令普通立法機關參預；如美國諸邦之憲法，多以憲法修改起草權，委諸由人民特別選出之制憲團體 (convention)，以修改批准權委諸公民全體，而全不令普通立法機關——議會——參預，即其一例。 或則雖以憲法

註㊄ 參看前節註㊃

修改起草權委諸普通立法機關，而憲法修改案之成立，則必更經其他團體之批准；如美國聯邦憲法之修改，雖得由聯邦議會兩院以三分二之同意通過草案，而其成立則尙須經過各邦議會中四分三議會之批准，又如瑞士聯邦憲法之修改案，通過聯邦議會後，必須提交公民團體批准，是。 第二類在以普通立法機關爲修改憲法機關，而僅令憲法修改之手續，異於普通立法手續。 所謂異於普通立法手續者，其形式亦有多種： 有對於憲法修改案討議時之法定出席人數加以特殊限制者；有對於憲法表決時之贊成人數限定三分二或四分三之多數者；有規定憲法修改，須開上下兩院聯合會議者；有規定憲法修改案通過一個議會而後，須即改選議會而以修改案交付新議會表決者；有兼採以上諸種限制者；尙有採用其他形式之限制者。 凡斯種種，本書第五編第一章論憲法之修改時當更詳述，這裏姑不具論。 總之，剛性憲法之種類，至爲繁雜，强性之最著者有如美國聯邦憲法，其修改之艱難，殆已達於極地；强性之最微者，有如歐戰前之普魯士憲法，其修改之機關既爲議會，其

修改手續之異於普通法律者亦極有限。(六) 以故剛性憲法與柔性憲法之別，嚴格的講，亦只是一個程度問題。

至於柔性憲法與剛性憲法，彼此之特長與弱點，略如以次所述：

柔性憲法較有消弭激劇的政爭或革命風潮之機能 柔性憲法之所以有此能力，因當政爭既盛，或革命風潮將成之頃，倘使憲法易於修改，便可逕以修改憲法爲弭爭息亂之手段；此種事例，在英國十九世紀以來之憲政史上已數數覯，如一八三二年選舉法風潮，與一九一一年上下兩議院權限爭議風潮，俱屬最著之例。 然柔性憲法之能弭爭息亂，尙不僅因其能實際的訴諸修改；一般人士，因預知其修改之易，於是反對修改者事前亦或不持蠻橫態度，將努力與要求修改者從事協商；由是，調和之成功較爲可能，革命之事遂亦較易免除。 反之，剛性憲法，既不易以實行

註(六) 普魯士舊憲法之修改，與普通法律之修改相較，僅有一種特殊限制，即憲法修改案之兩次讀會，至少須相隔二十日。

修改，為平服革命風潮之手段，而要求修改者，因預見其修改者之不易，亦或不努力以求合法的修改，而悍然訴諸法律以外之方法；以是剛性憲法時或不免為釀成革命之原因。

剛性憲法，縱不誘致革命，亦足以阻止社會之進化；因為憲法條文之規定，對於未來之事變，自不能洞見無遺；倘社會之政治經濟等等狀況已發生重大變遷，而憲法卻以修改甚難之故，仍未獲有所修改，以適應其已經變更之環境，則憲法自為社會進化之阻力。　故就法律須隨時適應社會之要求而言，剛性憲法亦實有他的弱點。　處今茲社會變遷極形迅速之時期，剛性憲法之此層流弊，尤不容我們忽視。

以上所述，是柔性憲法較優於剛性憲法之兩點。　然柔性憲法亦實有一最大弱點，剛性憲法亦實有一最大優點：

柔性憲法，因其修改之易，便缺乏固定性。　憲法之為物，既為國家根本組織之所關，倘因其缺乏固定性，而致頻頻更變，則政治之秩序與社會之規律，亦自無從鞏

固。且憲法如缺乏固定性，卽令實際上不及誘致憲法的變更，然人民旣已逆知其修改手續之易，亦自不免頻頻爲要求修改之嘗試。此種嘗試之頻頻發生，亦大足影響一般社會之人心，而使人民尊重憲法之觀念與習慣難於發育。以故採用柔性憲法之國家，必其人民尊重法律尊重現存的秩序之精神甚强，始克收柔性憲法之效；英格蘭採用柔性憲法而收良效，未始不由於此。

反之，剛性憲法之優點，卽在其含有固定性而此種固定性之存在，不僅僅能保障憲法之不致頻頻變更，且能減少許多要求修改憲法之嘗試。以是，剛性憲法，一面固有不易適應社會新要求之弱點，一面卻能使政治秩序與社會人心，易於鞏固，所以近代國家，凡遇次之諸種場合，無不出於採用剛性憲法之一途　一，人民於革命成功之後，欲預防其治者階級之侵犯其基本權利；二，一國之內，倘有數種民族或階級存在，而少數民族或階級，欲鞏固其最小限度之地位或權利；三，數種獨立國家，當其合併而成統一國家時，欲以聯邦形式之組織鞏固其所欲保留之權利。

唯其如此，現代憲法中柔性憲法之例極少；歐戰告終以來，歐洲新邁諸國之憲法，亦率爲剛性憲法。但是現代社會狀況之變遷既然甚速，憲法之剛性，亦自不宜過强；以故新近憲法的剛性程度，大率甚低，持以與美國聯邦憲法相較，相去殊遠。

三　民造憲法協定憲法與欽定憲法　學者間間亦分憲法爲民造憲法，協定憲法，與欽定憲法。

茲所謂民造憲法，係指憲法之由人民制定，而毫不經由任何世襲元首（君主）裁可者而言。民造憲法之形式，大致不外（一）由普通議會制定，（二）由人民所選出之特殊制憲團體制定，（三）由公民直接投票表決等形式（及兼採這幾種形式而成之形式）。共和國家之憲法，自然都具民造憲法之形式；即在君主國家，其憲法之制定，亦有純具民造性質者；比國現行憲法，就其最初成立時（一八三一年二月）之手續而言，亦卽純爲民造憲法；蓋比國於一八三一年二月制定憲法之時，尚無君主；比國君主制與比王之產生，實基於比國人民之意志，與該憲法條

文之承認也。

所謂協定憲法，就實例言，大致可分為兩類： 其一為**君民協定之憲法** 這一類的憲法，係由君主與代表民意機關雙方合意而制定的。 十九世紀中期以來，歐洲諸君主國家所產生之憲法，往往屬於此類；以是憲法之為物，在當時各該國人士之心理中，便是君主與人民間之一種契約。 普魯士一八五〇年所頒布之憲法（此憲至此次德國改建共和始消滅）卽此類憲法之一例；因為該憲係由普王擬就，送請普議會 (Landtag) 議定，普議會修正通過後，復由普王頒布者。 其二為**各邦協定之憲法** 這種憲法之制定，不出自人民之決定，亦不出自君民協定，而係基於若干國家的政府之協定。 一八六七年北德意志聯邦憲法及一八七一年德意志帝國憲法，俱屬於此類。 北德意志聯邦一八六七年憲法，係由兩個團體共同草定，一為各邦政府所委派之外交代表會議，一為各邦人民所選舉之代表會議；但是這兩個團體，究只是決定憲法草案之團體；草案決定之後，尚送往各邦徵求同意；各

邦政府依其本邦憲法所規定之機關與手續，承受該憲後，該憲始獲成立。 德意志帝國一八七一年憲法，係由北德意志聯邦之議會，及加入北德意志聯邦之南德意志諸邦，各依其本邦憲法所規定之機關與手續，承受該憲後，始獲成立。 所以以上兩種憲法，俱只能說是建築在各邦的協定之上，而不能說是民造。㊆ 這也就是這兩種憲法與美國聯邦憲法稍微不同的地方；因為美國聯邦憲法，雖然是經由十三邦代表會議在費拉德耳費亞 (Philadelphia) 草定的，可是美國聯邦憲法，不是交付十三邦政府或議會批准的，而是依費拉德耳費亞代表會之提議，交付各邦人民所特別選出的制憲會議表決的。 吾國辛亥年中華民國臨時政府組織大綱與民國元年臨時約法，亦俱可看作協定憲法；因為那兩種臨時憲法俱只成立於各省軍

註㊆ 關於以上兩憲成立之經過，可看 Howard The German Empire (一九〇六年版) 第一章。

政府的代表之手，而非成於人民代表之手。㈧

所謂欽定憲法，即由君主獨自制定頒布之憲法。 在議會制度尚未成立或成熟之時期，君主受民意之逼迫，往往不先召集任何人民制憲機關，而依君主之獨裁，制定一種憲法而頒布之。 所以此種憲法，有欽定之名。 欽定憲法最著之一例，就是日本憲法。 日本憲法，於頒布之前，係僅由天皇委任伊藤博文等臣僚草定；頒布之時（明治二十二年即一八八九年）係由天皇獨自決定，日本議會之成立，尚在該憲法頒布以後（明治二十三年）。 所以日本當時人士之自眷其憲典者，竟有『泰西憲法不啻君民契約之書，而在我帝國，不特無君民交鬨之事，且以極短之歲月，於太和洋溢間見憲法之發布焉，與泰西各國事跡相比較，差如天壤。』 蓋日憲不特不出於民造，抑且不能擬於十九世紀中期歐洲諸國所產生的許多君民協定憲法之列。

在歐洲諸國憲法中，意大利之現行憲法就其最初成立時（一八四八年）之

註㈧ 詳見第五編第二章第二節。

情形而言，亦與日憲相類，純爲欽定性質。　吾國前清末季，亦擬純倣日本立憲之步趨，先由君主自定憲法，而後根據憲法召集議院。　所以光緒三十四年憲政編查館於擬就憲政大綱奏請頒布時，摺內亦有『竊維東西各國立憲政體，有成於下者，有成於上者。……　大凡立憲自上之國，統治根本在於朝廷，宜使議院由憲法而生，不宜使憲法由議院而出；中國國體宜用欽定憲法』等語。㈨　以是該憲法大綱亦純由清帝裁可，於同年八月一日公布，事前初未經任何民意機關參加意見。

憲法之制定，必須取決於人民或人民代表機關，在原則上殆無討論之餘地。協定或欽定等形式之採用，至多亦不過具備一些實際上之理由而已。

第三節　憲法觀念的沿革

註㈨　光緒新法令（商務印書館出版）第二册，憲政編查館會奏進擬憲法大綱暨議院選舉各法並逐年應行籌備事宜摺。

憲法的特性有實質與形式兩面，前已說過。單從實質上之特性說，吾國自與其他國家一樣，歷來亦有他的憲法。吾國憲法並已久具成文憲法之形式。吾國成文憲法起源於何時，今雖尙難確定，㊀自唐以後，固確然有成文形式之憲典——唐開元時代頒布之六典，卽此類憲典之最古而至今尙未散佚者。該典略倣周禮六官之制，分爲理典，敎典，禮典，政典，刑典，事典六部；分別規定國家各重要機關之組織與職掌，及其施政之準則。明淸兩代之會典，亦卽與六典相類。據乾隆欽定大淸會典凡例所述，則所謂會典者，係『以典章會要爲義，所載必經久常行之制；』凡『官司所守，朝野所遵，』皆『總括綱要，』併入於此項『國家大經大法』之中。卽此數語，已可略見此類憲典之性質。雖則凡與國家根本組織有關之事項，未嘗

註㊀ 周禮頗具成文憲法之形式；論者遂有以周禮爲中國成文憲法之起源者；然周禮所記是否爲周代之遺制，歷來學者已多疑詰；就令周禮所記爲周代之遺制，亦不見得就是周公所編纂或周代所頒行之一種法典。

悉數併入此項憲典，（例如皇位繼承問題，便未經此項憲典給以規定，而僅存於習慣之中，）而此類憲典，究不因一二事項之省略，而失卻他的成文性質。 不過晚近論者，尙有不願以憲法之名，施諸專制國家之任何法律者；意以爲憲法爲人民權利書，立憲國家必須是承認人民享有若干參政權之國家；一個國家，如果絕對不許他的人民參加政權之行使，便不能說是一個具有憲法的國家，或立憲的國家。 照此說法，則卽僅就憲法的實質言，吾國歷來便也沒有憲法因爲六典，會典之類，儘管可以說是一種根本組織法，卻不是一種人民權利書。

至就憲法的形式上之特性而言，憲法觀念尤爲西方文化之產物，而爲吾國固有文化之所無： 蓋就法律之制定而言，吾國歷來關係國家根本組織之法律，如六典，會典之類，固係由臣僚草擬，由皇帝裁可頒布；卽其他法律（例如歷朝刑律）亦率由臣僚草擬，由皇帝裁可頒布。 彼此之制定，初無根本差異。 一切法律既俱由君主制定，一切法律之效力相等，固亦屬一種自然的結果。 所以就法律的效力言，

吾國法律歷來亦無等級可言；例如唐六典之與唐代刑律，明會典之與明刑律，清會典之與清刑律，效力相同，不生統屬關係是。

憲法的特性，雖說可有形式的與實質的兩面，近代憲法與近代人士的憲法觀念之異於往昔，固在於形式方面。從形式上特性說，吾國歷來既然完全缺乏與近代憲法相似之物，本節以下所述，故亦僅以西方史實為限；至於吾國自前清末季以來，制憲問題之經過，尚當另編論述，茲亦不贅㊀。

一　**希臘羅馬時代**　古代希臘與古代羅馬，民治都很發育；他們自然亦各有他們的憲法。亞歷士多德並且劃分國家之法律為兩類：其一係規定國家機關之組織及其權限之法律；其一則在根據前項法律，以規定各項機關施行前項法律之手續，並防止前項法律之被侵犯。此種劃分，與今人之劃分法律為憲法及普通法者，誠然不無相類。可是從法律的制定而言，古代希臘，與古代羅馬，在原則上俱

註㊀　看本書第五編第二章中國制憲問題之經過。

以一切法律之制定權，委諸一種公民大會；關係國家根本組織之法律，初與其他法律無異。 就法律的效力說，凡公民大會所制定的法律，效力亦復相等，而無甲種法律優於乙種法律之可言。 所以我們說古代希臘與古代羅馬各有憲法，亦只是從憲法的實質而言；若從憲法的形式說，當時人士亦實無近代人士的憲法觀念；當時的法律，亦尚無與近代憲法相似之物。 不但如此。 就是從憲法的實質說，希臘羅馬的憲法，亦不過與現代英格蘭之憲法相似，只散見於單行法律及習慣之中；初非如近代一般國家之憲法，具有一種法典之形式。 所以成文憲法，在當時亦尚不存在。(註三)

二 歐洲中世紀時代

歐洲中世紀時代（約略自五世紀西羅馬帝國滅亡時期至十六世紀宗教革命時期，）可以說是歐洲封建時代。 這可以說是近代憲

註(三) 關於以上諸點，可參看 Bryce, Studies in History and Jurisprudence, 論 Flexible and Rigid Constitutions 篇；及 Jellinek, Allgemeine Staatslehre 第十五章。

法觀念萌芽時代　在這個時代內，君主之勢力，率受各地方封建諸侯（大率即當時之大地主）或各城市團體之限制；而國王對於所屬諸侯或所屬城市，往往以特別法律承認各諸侯或各城市之特權　此項特權即爲國王權力之限制；此項法律，亦頗類於近代之憲法或根本法。　最著之例，則爲英王約翰於一二一五年所頒布之『大憲章』(Magna Charta)；該憲章實可謂爲英王與當時諸貴族（即當時之封建諸侯）及僧侶所結之一種契約，其目的在限制國王之權力，——尤其是關於國王徵收租稅之權力。　其在法國，於十四世紀期內，亦已有『國法』(lois du royaume)與『王法』(lois du roi)之別；當時並已有稱『國法』爲根本法(lois fondamentales)或憲法(lois constitutionnelles)者。　當時之所謂『國法』，係指國王不能自行變更或廢止之法律而言；倘欲廢止或變更，國王必須取得當時『等級會議』(Etats-généraux)（即當時法之議會，由貴族，僧侶，及平民三階級代表組織，與

英國當時之議會 Parliament 相似）之同意㊃ 這種根本法之觀念，實在是一個新的觀念，與近代人士之剛性憲法觀念相類似；蓋自此種觀念成立以後，君主乃不過一個普通立法者；根本法之變更或廢止，則非君主一手之力所能實現，而有俟於議會之協贊；一如近代諸國之憲法，其修改廢止，不屬於賦有普通立法權之議會，而屬於人民或其他特殊制憲機關者然。 所以中世紀的根本法觀念，就是從形式一方面說，亦與近代人士的憲法觀念相接近。

三　自歐洲宗教革命至美法革命時代　自十六世紀宗教革命，至十八世紀末期美法革命之期間，可以說是近代憲法觀念逐漸成熟時代。 在這個時期內，『根本法』這個名詞（其拉丁字為 lex fundamentalis），已逐漸成為學者間及政治上之常用名詞。 至當時學者對於根本法這個名詞之新觀念，彼此意見雖仍未

註㊃ 見 Duguit: Traité de Droit Constitutionnel, 卷三（一九二三年版）第 642 頁及以下。

十分確定，然就一般的意見而言，則當時所謂根本法，卽人民與國家或政府間之一種契約，卽盧梭（Rousseau）及其他諸人之所謂『民約』（Contrat Social）。此種契約觀念之產生，一部分或由於中世紀之根本法觀念——根本法爲封建諸侯及城市與國王間之一種契約——一方面係以耶教教會的『教約』（Covenant）觀念爲淵源。㊄ 當時宗教革命分子，以爲教會之存在既公認爲基於教會與信徒間之一種『教約』，則國家之存在，亦自基於國家與人民間之一種契約。 以故歐洲十六七世紀之宗教革命，其間接直接助長根本法觀念及其他政治思想之發育，實

註㊄ 關於此層，有一顯著之例：克林威爾（Cromwell）兵士中之急進分子，卽抱持『教約』（Covenant）觀念之人；彼等認爲各種教會之成立，應各根據一種經由各信徒共同承認之『教約』。 各教會之信徒應有選舉教會職官之權，而代表耶穌爲教會之最高機關。 後來克林威爾向議會所提出之人民公約（The Agreement of the People），其首稿卽係由此項兵士艸擬，而該人民公約便卽現代憲法遠源之一。（詳下）

非淺鮮。

當時人士視根本法爲一種民約，已如上述。然此種民約式之根本法其形式與其權威之特點，果何在？欲求這個問題的解答，可從次述十七世紀期內產生之兩種根本法中求之；此兩種根本法實爲現代成文憲法之遠源，而皆產生於十六世紀末至克林威爾秉政之英國宗教革命風潮期間內。爾時宗教革命分子——清教徒——最初尚不過反對英國教會中之種種儀節與教會之專橫。然因英王當時實爲教會之教主，以是清教徒之運動，乃進而爲政治革命之運動；次之兩種根本法，卽俱產自清教徒之手。

(a)美國康奈里卡特的根本法（Fundamental Order of Connecticut, 1639）十七世紀之初，英國清教徒因不堪詹姆士一世之虐待與仇視，乃有百餘人於一六二〇年相率而赴北美洲之 New Plymouth 創立殖民地（此百餘清教徒，美人至今呼爲 The Pilgrim Fathers）。彼等於赴美舟中，卽曾倣照教會『教約』(Covenant)之性質，草有一

種簡單公約，以爲赴美建國之約法。 此約法並曾經彼等全體簽字。 今人每稱此項約法爲現代成文憲法之遠源。 然該約法之條文究屬簡單；而英人赴美殖民者所成立之第一完備憲法，當推一六三九年康奈里卡特的根本法。 此根本法卽爲康奈里卡特（位於新英格蘭之南部，後爲美國獨立時代十三州之一）殖民者建國之憲法，文中承認國家之最高主權屬諸人民全體；而該根本法之成立，係曾經公民全體大會之表決。

(b)英國克林威爾兵士所艸擬之人民公約（The Agreement of the People, 1647）

此爲一六四七年克林威爾（Cromwell）軍隊中之清教徒所草擬之憲法草案，而曾經克林威爾提交英國議會者。 該公約之初稿，列舉人民若干種權利，認爲議會亦不能有所侵犯，以是該公約之權威，實立於議會所制定的普通法律之上。 該公約且規定須取得人民之同意始能成立；以是該公約之制定權，亦不純屬於議會。 雖該公約始終未及成立（該公約未及通過議會，亦未交付人民表決），然其足以代表當時人士根本法觀念，固甚顯然。

由上所述之兩個實例，可知當時人士對於根本法之形式與權威，含有三個觀

念：第一，根本法之權力高於普通法律，而爲國家議會之所不能侵犯；第二，因根本法爲建造國家之公約，且因根本法之權威，必須立乎議會所制定的普通法律之上，制憲權與普通立法權，乃不能不分離；緣是根本法之成立，乃不能僅憑普通立法機關（議會）決定，而須經由人民表決㊅；第三，因根本法爲限制議會權力及其他國家機關權力之法律，其內容乃有明白詳盡的規定之必要，緣是根本法乃不得不爲

註㊅　當時學者，因認憲法爲建造國家之公約，甚至主張憲法之制定及其修改，不獨須得人民之同意，並須取得人民全體一致同意；多數取決之原則，遂認爲祇能適用於普通法律之制定與修改，而不適用於憲法之制定與修改，其對於憲法之制定或修改不能同意者，應許其自由脫離，而不能強制其加入。　以是憲法之制定或修改，不獨須與普通法律之制定修改異其機關，抑且應與普通法律之制定修改異其手續。　此類意見，如德國自然法派巨子蒲風篤夫（Pufendorf），渥爾夫（Wolff）以及瑞士有名國際公法學者華德爾（E. de Vattel）諸人，於其著述中，俱主張之（參看本章第一節。）

一種成文法。所以我們說，這個時期是現代憲法觀念成熟的時期。㊆

四　十八世紀美法革命時代　現代憲法觀念，雖於十六七世紀宗教革命與政治革命時期卽已成熟，而近代之立憲運動，究以十八世紀末期北美獨立，與法蘭西大革命爲其原動力與出發點。　在此期間內，以前所述十六七世紀之根本法觀念，不特益形昭著，而且對於以前所述之根本法觀念，更有擴充或補助條件之產生。以故北美獨立與法蘭西大革命期內所產生之憲法，實爲現代憲法觀念之直接淵源。　玆取前述十六七世紀之三種觀念——卽根本法須爲成文法，根本文法須經特別制憲機關制定，與根本法之效力高於普通法律三個觀念，——爲標準，而研究在此美法革命期間內，此三種觀念之如何鞏固與如何發展。

（a）北美獨立時代之憲法觀念　北美十三州於一七七六年脫離母國而各自宣布獨立。

註㊆　以上所述，詳見 Jellinek 前書第十五章及 Borgeaud, Etablissement et Révision des Constitutions en Amerique et en Europe（一八九三年版）第3－18頁。

宣布獨立之後，一面則各州自行制定憲法，一面復訂立一種邦聯（Confederation）的性質之中央約法，組織一個中央政府。至一七八七年始改爲聯邦，成立聯邦憲法，而成今日之北美合衆國。在這個期間內，新憲之生產，自然甚衆。就當時人士對於憲法之觀念考之，第一，所謂根本法須爲成文法之條件，殆已不成問題，姑無論。就理論言，當時人士，已覺根本法之不容散漫含糊，而有明白規定於一種法典之必要；且此十三州在一七七六年以前隸屬英國之時代，卽各有一種類似根本法之「特許狀」（Charter）尤足使彼等成文憲法之觀念易於發展。卽如蔚遜康奈里卡特的根本法，最初雖由康奈里卡特州之人民制定，而於英王查理斯第二世時代，仍曾呈由英王核可而成爲該州之「特許狀」（Charter）。於一七七六年，此「特許狀」又復經該州之人民核可，而成爲該州獨立後之第一憲法。其他諸州，亦已先後自英王取得相似之「特許狀」；而其最老者，且或沿自中世紀末葉。這些「特許狀」之性質，大體上卽在規定各州之特殊權利以及該州政府之組織；實言之，固亦可謂爲各該州之成文憲法。第二，所謂根本法須得人民同意之條件，亦爲當時人士之普遍信仰；而盧梭主權在民之說，與十六世紀

之「教約」觀念對於當時人士之影響尤爲顯著。 緣是，自一七七六年至一七八二年之革命期間內各州憲法之制定與公布，大都係經由一種特別制憲團體；其在若干州中，且有以憲法交付公民全體會議（即所謂 Town Meeting）表決者。 迨一七八七年十三州聯合建設完全之聯邦，於費拉德耳費（Philadelphia）召集特別制憲會議，起草憲法時，草憲之人雖未及主張以所成立之法草付諸各州公民大會表決，然亦於該草案之末，嚴令該草案須經由各州所選舉之特別制憲會議（conventions）表決；制憲與普通立法權之必須分離，固亦顯然爲當時人士的信仰之一。 第三，所謂根本法權力高於普通法律之觀念，自北美十三州革命而後，不獨益形昭著，抑且獲得一極有效力之新保障。 諸州於一七七六年後陸續所制定之本州憲法，即含有一種「權利宣言」（Bill of Rights），此種「權利宣言」中所列舉之人民種種自由，在當時人士之觀解中，實爲國家普通立法機關之法律所不能侵犯之權利。 由是，憲法之爲物，已顯然高於普通法律。 然普通立法機關的法律，如竟有違反憲法的規定之事，又將奈何？ 對於此點，美

國當時人士，尙認法庭應得根據憲法，以否認違憲之法律，此即當時人士對於根本法高於普通法律的這個原則所增設之一種新的保障。　此項保障，始則爲諸州憲法所採納，繼則爲一七八七年美國聯邦憲法所採納，至今垂爲美國聯邦憲法之一大特彩。

(b)法蘭西大革命時代之憲法觀念　法國一七八九年大革命之爆發，距美國聯邦憲法之成立不過二年；當時法國人士對於根本法之觀解，一面固與美人同受十七八世紀以來一般思潮之影響，一面自亦深受美人之影響。　美國旣已成立一種成文憲法，則彼等於一七八九年「等級會議」(Etats-généraux) 集會之後，立即從事於一種成文的憲法之制定，蓋屬當然之事。　至憲法制定之應異於普通法律，則代表法國當時思想之有名政論家史耶 (Siéyès) 氏言之頗詳斷：　史氏認制憲權當與立法權分離，而前者應屬於國民，其有因版圖太廣不能以制憲權屬諸公民全體者，亦嘗以制憲及修改憲法之權，委諸特殊的制憲團體(見Duguit 前書第三卷 643—645 頁)。　徵諸事實，法國大革命後之第一共和憲法 (即一七九三年憲法) 即嘗交付公民表決；當時制憲團體並有

「非經公民表決者不得稱爲憲法」之宣示。從知憲法須經人民同意，憲法之制定應異於普通法律，亦實爲當時人士徹底的深切的信仰之一。復次，憲法效力之高於普通法律，亦極爲當時人士所崇信；彼等於一七八九年所發表之「人權宣言」，及一七八九年以後的憲法上所載之「人權宣言」，其作用即在限制國家立法機關之權力，嚴格的講，當時人士不僅欲藉「人權宣言」以限制國家立法機關之權力；當時一般人士，並認此種權利，爲人民永遠保有之權利，即國民制憲團體，亦不能變更之。然美人對於憲法高於普通法律這個條件所設的一層新保障——法院有否認違憲的法律權——則因諸種原因始終未被法人採納。

五　十九世紀以來之變遷

自法蘭西大革命而後，歐洲各國即陸續的產生一種立憲運動；自一八〇〇年至一八八〇年之間，歐洲諸國前後成立或改訂之憲法，綜計殆不下三百種。歐洲諸國，除俄國而外，至一八八〇年，蓋無一不有一種憲法；除英格蘭及匈牙利憲法而外，且無一非成文憲法。顧十九世紀以來歐洲之立

憲運動，成功雖如斯普遍，當時諸國之成文憲法，形式上仍多半出於君主之頒給，或君主與人民之妥協，即所謂欽定憲法與協定憲法者是。 純粹民造之憲法，除瑞士諸憲法外，尙極少其例。 蓋在當時之立憲運動中，法蘭西大革命期內民主政治的失敗，尙深中一般人之腦經；因是，當時革新分子亦祇注意限制君主之權力，未嘗遽思以共和政體爲君主政體之代替。 一九一八年歐戰完結而後，列國新憲法，乃相率容納民主主義；其對於憲法之成立與修改，乃相率承認憲法須由人民直接表決或由人民所特別選舉之制憲機關表決。 至於憲法效力高於普通法律之觀念，十九世紀以來，英屬諸自治殖民地，如坎拿大，澳大利亞等，以及中南美諸邦之憲法，且已陸續容納美國憲法上之原則，畀法院以根據憲法否認普通法律之權。 即在歐洲諸國，歐戰而後亦已有容納此種原則之趨勢。 以故今人之憲法觀念，大體上固仍是歐洲十六七世紀人士之根本法觀念，仍是十八世紀法美革命時代之根本法觀念；特此種觀念至今日而始普遍的形成事實耳。

第二章　國家的概念

關於國家性質的諸種問題，英美學者大半認為屬於政治學之範圍，憲法書中往往略而不論；歐洲大陸學者，則更有所謂國家學（Allgemeine Staatslehre, Théorie Général de l'État），純以此項抽象問題為其研究的對象。本書重在對於現代憲法上諸種具體問題，為比較的研究，對於這些抽象問題，殊不欲詳細討論。可是這些抽象問題的研究，與憲法的研究亦不是可以極端分割的。如果我們對於政治學或國家學上所討論的問題，缺乏相當的知識，我們對於一種憲法的全部精神，或其一部分的條文，便或不能完全了解。譬如普魯士舊憲法（一八五一——一九一八年）便建築在主權屬於君主這一個原則上；法美比等國的現行憲法，便建築在主權屬於人民這一個原則上；我們如果不覺察這種事實，或不了解這些原則的

涵義，我們便不能明瞭這幾種憲法的根本精神；對於他們的條文，也許有許多地方，不能得着一個正確的見解。 這些原則，便是政治學上或國家學上所討論的問題。有些學者只將政治學或國家學看作憲法學的一部，就是因為這個緣故。 茲故對於國家的名稱，要素，主權，起原，及根據，諸問題，亦闢專章為簡括之討論。 至於政體的區別問題（如君主制與共和制之差異，聯邦制與單一制之差異，議會內閣制與總統制之差異等，）政府職權的劃分問題（立法，司法，行政，三種職權之性質以及三權分立之原則，）通常雖亦為政治學或國家學上所討論之問題，本章則略而不論；因為本書第四編論國家機關及其職權諸章，對於那些問題，尚須為比較詳細之說明。

第一節　國家的名稱

表示國家這種組織的名稱，是隨時代而異的。 一個時代的政治組織，有一個

時代政治組織的特點；表示國家的名詞，其字義亦大率與當時政治組織的特點相應。

中文中表示國家的名詞，爲『國』『邦』等字；此二字之起原，說者以爲俱出於中國封建制度產生時期。 此則求諸此二字之字形，與夫經籍上此二字之舊義，亦殊有徵： 封建時代之政治觀念，自然要偏重土地這一個要素，所以國字之古文爲口，或圀，邦字之古文爲𤰈，或𨛜，其字形亦顯然偏於土地這個要素。 徵之舊籍，如孟子所云；『大國地方百里，次國地方七十里，小國地方五十里；』又如周禮所云，『大宰掌邦之六典以佐王治邦國』（註云大曰邦小曰國）則國邦等字固亦俱指當時封建諸侯之領域而言。 釋名訓邦字爲『封也，封有功於是也，』意尤顯明。

先秦封建時代，稱天子之所治曰『天下，』諸侯之所治曰『國』（或『邦，』）卿大夫之所治曰『家；』 如孟子『天子不能以天下與人；』又『人有恆言，皆曰天下國家； 天下之本在國，國之本在家，家之本在身，』又『王曰何以利吾國，大夫

曰何以利吾家，士庶人曰何以利吾身；』便都明白地把『天下』『國』『家』表示三種不同的意義；其所表示便卽天子，諸侯，與大夫三種階級之治域；此外雖亦有將國家二字聯用而意義較欠明豁之例，如孟子『國家閒暇，及是時，明其政刑，雖大國必畏之矣，』又大學『長國家而務財用者，必自小人始矣』之類，而衡以孟子大學及中庸等書之他例，國家二字亦決非專指一物。 國家二字之成爲單獨名詞，當在先秦封建制度廢止以後。

西文中的國家稱謂亦經過許多的變遷；其種種稱謂亦率與其時代之政治組織相應。 希臘羅馬古代之國家領域，均以城市及其近郊爲範圍，當時諸國，不外是一種『市府國家』(City-State)；以是希臘人稱國家爲 πόλις 羅馬人稱國家爲 Civitas 俱卽城市之意。 迨至歐洲中世紀封建制度時期，政治權與土地所有權，關係甚切，於是 land （土地之意）乃成爲國家之普通稱謂；至今德人尙稱國會爲 Landtag，稱國法爲 Landesgesetzen 亦卽沿此舊稱謂而來。 十五世紀以後，

歐洲封建制度沒衰英德法意人士乃逐漸採用 State（英語） Staat（德語） Etat（法語） Stato（意語）諸字以表示國家。 這幾個字，德國學者耶律芮克 Jellinek）氏謂爲俱出於拉丁字之 Status，含有既存的紀律（Ordnung）之意。㊀ 然學者間對於耶氏意見亦頗有否認者，㊁以上諸字究竟是否出於拉丁字之 Status，似乎尚無定論。

第二節 國家的要素

國家是一個有政治組織的社會。 這種社會，一般均認爲包涵着次之三種要素。

註㊀ 見 Jellinek, Allgemeine Staatslehre（柏林一九〇五年版）論「國家名稱」一章。

註㊁ 例如： Dawdall, "The Word "State""（見倫敦 The Law Quarterly Review，一九二三年正月號）

國家的第一個要素，自然是人民。國家既爲人類的一種組織，自然不能脫離人類而存在；凡無人類之荒地，自不能有所謂國家者存在。可是關於人民這個要素，亦有數點，尙須簡單說明。

人民雖爲國家之一個要素，而構成一個國家的人民，實際上卻不必都屬於一個民族。在英美法諸國普通用語中，『民族』(Nation)這個名詞，往往與『國家』(State)混用；這實在不當。民族一詞，誠然亦可有廣狹兩義。就狹義說，民族係指由同一種族的人類所構成之人羣而言。但解釋民族的人，大率採取廣義的解釋，而不以種性之同一，爲民族之必要條件；如英儒彌勒(J. S. Mill)氏便以具有『共同情感』(Common Sympathy)之人羣爲民族，以『共同情感』之存在，爲民族之要件是。彌氏之所謂『共同情感』，即一個人羣中的分子，願受同一政府統治，與僅願受該人羣自行組織的政府統治之情感。彌氏認爲此種情感之成立，或由於種性同一，或由於語言與宗教之相同，或由於政治歷史之相同；就中尤以歷史相

同，爲最有力之原因。㈠ 美人柏哲士(Burgess)之釋民族，與彌氏亦復相似；關於現代民族成立之原因，柏氏初不重視種性之同一，而注重語言之同一。㈡ 然無論民族之要件如何，民族與國家總不能混爲一談；因爲現代國家中，有些國家，無論如何總不能說是一個單一的民族——不列顛帝國便是一個最著之例。 近代人士，頗多傾向民族主義者；他們的理想國家，自然是『民族國家』(National State)——卽由一個民族構成之國家。 傾向國際主義的人，卻尙希冀一種『世界國家』(World-State)出現。 這些都是理想，我們用不着在這裏討論；我們所要說的，不外是：現代國家中，有的固然可以說是一個『民族國家，』有的卻不能說是一個『民族國家』；從這種實際狀況的立點，以定國家的界說，國家的一個要素，便只是

註㈠ Mill, Representative Government, 第十六章。

註㈡ Burgess, Political Science and Comparative Constitutional Law (波士頓一八九三年版) 第2頁。

人民，不是民族。

復次，人民雖爲國家之一個要素，而國家之人口，卻無一定之限度可言。從前希臘哲學者亞歷士多德 (Aristotle) 以爲理想的國家，其人口當在一萬至十萬之間；依着盧梭 (Rousseau) 的理想，一個國家的人口，亦應在一萬以內。然此究不過二氏之理想；而此種理想亦決不適於現今之情狀。求諸實際，則今之號稱國家者，其人口或則超過三四百兆，如吾國及英格蘭帝國是；小者亦往往達四五百萬，如瑞士比利時諸國是；最小者又或不過萬餘，如歐洲之孟拉哥(Monaco)是。故無論求諸理論或事實，我們俱不能爲構成國家要素之人口，確立一個限度。

國家的又一個要素爲土地。現代國家無一不有一種固定之土地。然當人類文化之初期，遊牧民族，初無土著觀念。卽如歐洲弗蘭克民族，當其由現時德法毗連的萊因河上流流域內侵入西羅馬帝國境內時，亦只是一種遊牧民族；其政治首領，亦只自稱爲『弗蘭克人之王，』並不稱爲『法蘭西之王。』此不過耶穌紀

元五世紀事。 其在英國，當時亦只以『英人之王』之名名其元首，而『英格蘭之王』之名稱，直至英王約翰時代而始出現。 卽在吾國，對於西域諸國，夙亦有『行國』之稱；如漢書云，『大月氏本行國也，隨畜移徙，與匈奴同俗，』是。 凡斯民族，雖無一定之領土，究亦有其政治之組織；不過他們的政治組織，只建築在一種屬人主義之上而已。 如吾人對於國家之名稱，作極端的廣義之解釋，則卽此類有土地與政治組織而無固定土地之遊牧社會，殆亦可稱之爲國家。 但一切較爲進化，與一切業經加入現時國際社會的國家，都有一定之領域；所以一般學者，不僅承認土地爲國家之要素，並且承認國家必須佔有固定之土地；國際法學者之解釋國家，尤其如此。

國家的第三個要素，就是主權。 主權是一般所認爲政治組織之特徵。 一個社會如果有一個特定人或特定機關，在法律上能行使次述兩項特性之權力，那個社會便是一個國家；那種權力，便是主權。 這兩個特性是： 其一，那個特定人或特

定機關，能決定屬於那個社會的一切分子（個人與團體）之權利與義務，並能決定他自己的權利與義務，而不受任何法定較高權力之支配。　其二，那個特定人或特定機關，能以自己的實力，强制那個社會的分子，服從其命令。　關於主權的性質，我們於次節，尚當爲較詳之說明；在這裏，我們所要申說的，不外兩點：　第一，一切非政治組織之社會，如工會，公司之類，是沒有與主權相似之權力的，因爲那些社會，在法律上，必藉國家之承諾與後盾，乃能强制社員服從他們的規則，其自身初不具有固有的强制力。　第二，即僅就有政治組織的社會而言，國家這個名詞，亦只能適用於獨立的社會，而不能適用於一個獨立社會所屬的任何政治團體（如單一國家之地方團體，聯邦國家之各邦，殖民國家之殖民地之類；）因爲那些團體，縱能規定人民之權利與義務，其自身之權利與義務，尚受法定較高權力之支配，初非自己意志所能決定。　事實上，聯邦國家誠亦有以國家這個名詞，名其所屬之諸邦者，如美國及舊德意志帝國是；即在理論上，德國學者夙亦主張國家這個名詞，可以適用於

聯邦國家之諸邦。 但聯邦國家之諸邦與聯邦國家之本身，既非一物，則以同一名稱表示之，究嫌混亂。 爲避混淆之故，吾國用語，對於聯邦國家之諸邦，大率以「邦」之一字表示之，而不直稱之曰國或國家。 歐戰而後，德國新憲法，雖然仍存聯邦制度之實，亦不稱所屬諸邦爲 Staat，而別採 Land 一字以爲諸邦之稱謂。

第二節 主權問題

主權問題，是學者間聚訟紛如的一個問題。 所以我們特再給以較詳之討論，使讀者瞭然於各方爭論之所在，以及各方意見之大要。

主權一語，國人有稱之爲『薩威稜帖』者；是即西語 Sovereignty, Souveraineté, Souveränität 一語之音譯。 西文此語遠源出自拉丁字 Superanus，含有『最高』或『較高』之意味。 以故今人之釋主權，往往亦稱爲國家之最高權。 但主權名詞雖出自拉丁，而近代政治學上之主權說，究可說是肇自十六世紀法人

鮑丹(Bodin)。鮑氏於一五七六年，在其所著之 De Republica 書中，認主權為國家之要素；意以爲凡屬國家，必有一種中心機關，對於全國人民，享有一種『最高權力』(Summa potestate)。依着鮑氏之意，此種最高權之特質，即在其不受任何人爲的法律之限制（鮑氏承認此種權力的行使，只受上帝的法律或自然的法律限制。）在歐洲中世紀期內，封建之制盛行，教會又復與君主爭雄，城市以及基爾特（Guilds 即職業團體）亦往往享有甚大之自主權；以故政權極形分裂，在同一地域內，往往有數種互相抗衡之機關或權力存在。爾時之所謂國家，實非近代之國家可比。逮乎中世紀末期，封建之制旣衰，教會勢力亦因宗教革命運動而陵夷。君主之權力，事實上遂漸能直接的控馭全國人民，而確具最高之性質。鮑丹的主權說，乃應運而生。鮑氏而後，柯卜司(Hobbes)洛克(Locke)盧梭(Rousseau)復各相繼討論主權（但洛氏不曰主權而曰最高權 supreme power）。爾時之所爭，乃君權與民權之爭，以是三氏之主權論，遂注重於主權之所在，與主權的限制兩個

問題。 十九世紀以來，關於主權之討論，極形繁複而亦極形紛歧；論者之爭點，一部分固仍在主權之限制問題，一部分則因十九世紀以來聯邦制之組織日衆，而主權之是否可以分割，亦成爲衆論爭持最烈之一點。 最近倡導多元主權說的人，所注重的，亦不外主權限制與主權分割兩項問題。 以下我們便取主權的限制，主權的分割，與主權之所在，三個問題，各各爲簡括之說明。㊀

註㊀ 關於主權問題的參考書籍，至爲繁賾；茲酌取代表各種意見之著作各二三種，記之於次，以備參考。

Austin, Lectures on Jurisprudence（一八七三年版）。

Willoughby, The Fundamental Concepts of Public Law (紐約一九二四年版)。

De Malberg, Contribution à la Théorie Générale de l'Etat (巴黎一九二〇年版)。

Jellinek, Allgemeine Staatslehre (柏林一九〇五年版)。

Merriam, History of the Theory of Sovereignty since Rousseau (紐約一九〇〇年版)。

第一目　主權的限制問題

通常憲法或政治學書中，大率稱主權為一種無限制之權力。主權果無限制耶？欲討論這個問題，須將問題的意義，弄個清白，否則討論便極易混亂。歷來學者間對於這個問題意見之不一致，有時也就只因彼此的論點不一致。

（從以上數書可以略見傳統上之主權說。）

Duguit, Traité de Droit Constitutionnel（卷一，巴黎一九二一年版。）

Duguit, Law in the Modern State（紐約一九一九年版。）

Cole, The Social Theory（倫敦一九一九年版。）

Laski, The Problem of Sovereignty (New Haven, 一九一七年版。)

Laski, A Grammar of Politics（倫敦一九二五年版。）

Krabbe, The Modern Idea of the State（倫敦及紐約，一九二二年版。）

（從以上數書可以略見晚近主權論者之議論。）

所謂主權的限制問題，實在包含着三個問題。第一個問題是：在事實上講，主權是否爲有限制之權力？第二個問題是：在道理上講，主權應否爲有限制之權力？第三個問題是：在法律上講，主權是否爲有限制之權力？

一　事實上的限制　從事實上看，主權是否有限制，這並不是一個難於解答的問題。主權之爲物，在法律上無論如何無限，實際上行使主權的人或機關，是不能不受限制的。這種限制，誠如英儒戴雪(Dicey)所云①可以說有主觀客觀兩層：所謂主觀的限制，便卽行使主權者本人良心上之牽制；如恐遭人民之反抗，或顧惜公理與名譽之類，是卽極端專橫之君主，亦往往懼革命暗殺等情事之發生，而有所不爲。客觀的限制是：行使主權者之法律命令，實際上或不盡受人民之服從，有時不免被人民反抗以致失其效力。以故就實際言，主權決不是毫無限制的權力。有些社會，行使主權的人或機關所發布之命令，失效之時或且較生效之時爲多。

註① Dicey: Law of the Constitution (倫敦一九一五年版)。

晚近多元主權論者，攻擊傳統上之主權無限說，往往亦以行使主權者實際上不能爲所欲爲，爲其論據。譬如英人拉士奇（Laski）氏，立論便往往如此。蓋在現代國家之內，實際上往往亦有諸種團體（最著者爲勞動組合）其地位之重要足以比肩國家，其意志足以支配國家之行爲。然此究不過是事實如此；在法律上，這些團體固仍受行使國家主權者之支配。歷來倡主權說的人，大都亦只說主權在法律上無限，並沒有說主權在實際上也是一種毫無限制的權力。

二　道理上之限制　在道理上主權應否有限制，這便是一個較爲複雜的問題；學者間對於這個問題，意見甚形紛歧。但綜括的說來，學者間關於這個問題之意見，大致不外主權無限，主權自限，與主權有限三說：

其一，主權無限說　依着倡導斯說者之意見，國家的權力，在道理上講，亦無限制。自然，凡有常識的人，決不會說，國家的權力，無論如何行使，都是合理的。就是偏信主權無限主義的人，亦不過是說，私人以及私人團體，對於國家，不能享有任何

對抗的權利，國家爲保持自己的生存與增進自己的實力起見，可以犧牲私人之任何利益或目的。　最足代表斯說者，爲赫智兒（Hegel）與柴西克（Treitschke）諸人——卽十九世紀期內德意志國家主義派之鉅子。　赫氏認爲一個人最高的義務，不在發展他的個性，只在完成他對於國家的義務；因此，赫氏認任何反抗國家的行爲，都不是合理的行爲。　十九世紀期內，許多普魯士學者，認國家之權力，不應受『人權』之限制，大半也就是受了赫氏學術的影響。　柴氏之承認國家權力無限，較赫氏尤爲露骨。　他以爲國家行使他的權力的時候，在道理上講，亦可不顧私人之任何目的或利益；他以爲國家的權力，只有事實上之限制；換句話說就是，國家對於他的人民，事實上能支配他們到什麼程度，就可以支配他們到什麼程度。　總之，在赫氏柴氏這些極端國家主義者之眼光中，國家的目的，是高於一切私人的目的的；國家的最高義務，就是鞏固他自己的實力，與擴大他自己的實力；至於私人對於國家的對抗權，與夫國家權力應有的限制等問題，在他們學說的系統中，差不多是

沒有位置的⑪

其二主權自限說　十九世紀後半期以來，尙有一部分德國學者，創爲主權『自限』Selbstverpflichtung)（或稱 Selbstbindung 或稱 Selbstbeschränkung，法人則作爲 Auto-limitation)之說，以示主權之爲物，亦非絕對無限之權力。德人伊爾文(Ihering)，殆卽首倡斯說之人。伊氏以爲國家之權力，雖不受外力之限制，卻應受自己意志之限制，卻應遵守他自己所頒布的法律；換句話就是，在法律尙未正式廢止或變更以前，行使主權之國家機關，應與受主權支配之人民，同受該項法律拘束，不得違反該項法律而有所措施。這種限制，便卽近世所謂『法治』或『法治國』(Rechtsstaat) 之精神；因爲在近世法治國家中國家對於人民，非依據既存

註⑪ 上述赫氏議論，詳見 Hegel, Die Grundlinien der Philosophie des Rechts（英文有譯本名爲 The Philosophy of Right, 譯者 S. W. Pyde) 上述柴氏議論，詳見 Treitschke, Politik（英文亦有譯本名爲 Politics 譯者 B. Dugdale)。

之法律，便不能有何舉措，國家如要人民履行任何義務，尤不能不根據一種既存的法律。然則國家何以應遵守他自己的法律呢？ 依着伊氏的意見，國家之必須忍受如斯限制，爲的是必如此乃能樹立法律的權威，不如此則不易誘致人民服從他的法律。 商鞅欲行法治而先立木示信，其旨趣正與此同。 所以伊氏說國家之必須遵守此種限制，只是一個『政策』問題。㈣ 學者間至今服膺主權自限說或大體上表同情於此說者，殊屬不少；譬如耶律芮克(Jellinek)與法儒麥爾伯格 (Carré de Malberg)諸人，大體上便都採納伊氏學說。㈤ 這種限制，有些學者似認爲一種法律的限制，其實不然： 任何限制，如果是一種法律的限制，則被限制者於違反限制的時候，必另有一種法定機關，對於他能行使一種法律的制裁。 倡主權自限說的人，不過是說在政策上，行使主權者應該遵守他自己的法律；並沒有說行使主權

註㈣ 伊氏意見詳見所著 Der Zweck im Recht 書中。

註㈤ 關於耶氏及麥氏議論，可看前舉二氏各書論主權問題章。

者如果違越這種限制，尚有何種法定機關，對於他得以行使何種法律制裁。 所以這種限制，也只是一種道理上之限制。

其三，主權有限說 國家的權力，決不是任便如何行使，都是必然合理的；所以歷來主權論者，儘管在法律上堅認主權無限，在道理上講，亦大都承認國家的權力，應該有相當之限制。 可是這種限制究竟應該是怎樣的一種限制，學者間的議論，亦殊不一：

十七八世紀學者，(例如洛克Locke)，以及十八世紀美法革命時代之人權宣言，大率認主權之爲物，應爲一種有限制之權力；其所以限制者，便是『人權』。 彼所謂人權，卽彼等所認爲一切人類之幾種固有權利，卽人類與生俱生之權利，卽人格構成之要素；如人身自由，言論自由，信教自由之類，皆是。 依着他們的見解，國家之存在，只在劃定人民與人民間人權之界限，並給予這些人權一個保障；人民於不侵犯他人權利之範圍以內，國家便不能加以侵犯。 所謂國家不能侵犯，就是說，此

種權利，不獨非普通法律或普通立法機關所能取消，就是憲法或制憲機關也不能取消。簡單言之，就是說行使主權者不能侵及人權。這是一說。

現今法國憲法學者狄驥(Duguit)亦主主權有限之說；然狄氏對於歷來之人權說，卻表示不滿，而別創『社會聯立關係』(Solidarité Sociale)說，以爲人權說之代替。狄氏謂人權說認凡屬人類，因其爲人類之故，便享有某某權利，只是一種純理的論斷，初非一種實證的論斷；在純理的信仰甚深之時代，此說自可以動人聞聽，在實證的科學的時代，斯說便不能存立。以是，狄氏對於國家權力的限制，便去從事實上求得一個別種限制。這種限制，便即狄氏之所謂『社會聯立關係。』依着狄氏之意，主權之爲物，如果認爲一種不受限制之權力，則彼不承認有所謂主權。彼承認國家享有極大的權力，但此種權力只是一種事實權力，其本身原無倫理的根據，凡行使此種權力之人，其權力之行使，必須有助於人類之『社會聯立關係』(Solidarité Sociale)，換句話說就是促進人類之分工與合作。反之國家權力之行

使，其與人類分工與合作之原則相矛盾者，人民便無服從之義務；換言之，即國家的權力，不能妨及人類之分工與合作。　狄氏以爲他的這種學說，是建築於事實之上的一種論斷，因爲人類進化之賴乎『社會聯立關係』之鞏固與發展，實爲社會學者所公認之一種事實：　依據社會學者之觀察，人類之結合爲社會，與人類所以不能不生活於社會；是因爲人類一方面彼此有共通的需要，一方面復各各有其個別的需要，與個別的性能。　人因有共通的需要，而此種需要，復非與他人合作，不能滿足，於是人類乃各舉其相似的性能，從事於相似的工作，俾其共通的需要，得以滿足。此種現象，社會學者名之爲同求的聯立關係（Solidarité par similitudes）。人亦各有其個別的性能與個別的需要，而此種個別的需要，必賴各個人利用其個別之性能，從事於個別之工作，復以個別之工作，爲與他人交易之品，而後可以滿足。以是社會乃產生一種廣大的分工作用，而社會之結合益形鞏固。　此種現象，社會學者名之爲有機的或分工的聯立關係(Solidarité par division du travail)。　這些

合作與分工之現象皆吾人能以直接觀察證明之事實，而人類全體幸福之增進，必賴於此種合作與分工現象之鞏固與發展，亦是基於事實之一種論斷。　但是狄氏雖不滿意於歷來之人權說，而在狄氏學說之下，凡人權說對於國家權力所立之限制，如人身自由，言論自由，信教自由等等，卻仍存在；因爲這些自由，都是人民個性發展之條件，亦卽分工現象發展之條件。　所以人權說與狄氏的社會聯立關係說，觀察點雖異，而其歸宿並不相反。　狄氏學說所示之限制，在我們看來，也不過是一種道理上之限制；可是狄氏自己，卻剴切明白的指爲一種法律的限制。　這是因爲狄氏之所謂法律，與我們之所謂法律有異。　我們之所謂法律，只是一般法學者——尤其是英美法學者——之所謂法律；只是國家機關所頒布認可之規則；只是有國家機關的實力爲後盾之規則；只是學者間之所謂「實在法」(Positive Law, Droit Positivif)；狄氏之所謂法律，不是這些實在法，而是羣衆心理所認爲國家機關應以其實力爲之後盾的一切規則；與歷來自然法派之所謂自然法不無相似。　我們以

為法律這個名詞，不宜如斯混用；故認狄氏所指陳之限制，仍為一種道理的限制。㊇

晚近傾向工團主義(Syndicalism)或基爾特社會主義(Guild Socialism)的人，亦率倡主權應該有限或主權應該分割之說。 他們以為國家職能 (Function)之所及，與其他任何團體一樣，是有一定的限制的。 這種限制，存於國家這種團體的組成上，與其他團體（例如某種勞動組合）的職能，依其組成分子之性質而有一定之限制者相似。 他們以為國家這種組織，是一種地域的組織，換句話說，國家這種組織，係以同居於一定地域內之全體人民，為其組成分子的一種組織。 這些組成分子，自然也有他們的共同利害與公同目的；但是他們的職業與地位，彼此既不盡同，他們決不是對於一切問題，都有共同的利害。亦決不是對於一切問題，彼此都有相等的處理能力。 如果我們承認國家對於一切問題都可以處理，則多數之所

註㊇ 狄氏議論詳見所著 Traité de Droit Constitutionnel 第一卷中。 參看北京大學社會科學季刊第二卷一號對於狄氏是書之紹介與批評。

決定，不見得就是多數的利益；一則因爲全體人民中之多數，不是對於一切問題，都有適當之處理能力；二則因爲有些問題，與人民多數便無關涉，如果該項問題，亦付諸全體人民中多數決定，其所決定便難免有偏袒情事。 所以這些論者，主張國家權力之所及應以關涉全體人民的公同利害之問題爲限；其僅涉特殊團體的利益之問題則應由利害關係較爲直接與組成分子較有處理能力之該特殊團體處理之。 有些論者往往認國家的權力祇應以處理政治問題爲限，至於經濟問題——尤其是生產問題——則不宜由國家機關處理，而應由職業團體（或職業團體的聯合組織）處理，就是因爲這個緣故。㊆

從道理上講，學者間對於主權限制問題的意見，大致不外如此。 現在我可以附加幾句己見。 赫智爾、柴西克那些人的主權無限說，只是一種純理的意見；從事

註㊆ Merriam and Others, A History of Political Theories (Recent times) (一九二五年出版，)91-92頁。 參看 Cole, The Social Theory 第五章至第八章。

實觀察，我以爲上面所述工團主義者及基爾特主義者之議論，很可以推翻赫氏柴氏諸人的國家萬能主義。　至於主權自限說，我們亦只應部分的贊同：國家必須遵守他自己的法律，這是我們應該承認的，因從事實上觀察，確非如此，不足以提高法律的效力；但是我們還應承認國家權力的限制，決不至此而止；國家法律的內容，也應有一定的限制。　至於這個限制究應如何，我以爲狄氏的學說，可以採納。　狄氏的學說，與人權說之歸宿雖不相當，而其論據則較爲切實。　狄氏的學說，與上述傾向工團主義或基爾特社會主義者之議論，在原則上亦屬一致；因爲彼此的見解，均係注重分工與合作兩種社會現象之保持與發展；但傾向工團主義或基爾特社會主義者之意見，往往較狄氏的意見更形具體化；他們往往具體的將若干種職權，劃諸國家權力範圍以外。　這種具體計畫，無論如何正確，總免不了有時間與空間的限制。　一般立論，我們自然只能如狄氏學說，立下一個抽象的原則。

三　法律上之無限性　如上所述，主權之爲物，在事實上是難免要受限制的；

在道理上是應該有限制的。 然則從法律上說，主權是否亦有限制? 說到此層，我便要回到我在前節論國家要素的時候，對於主權所立的界說。 我在前節曾經說過，主權之爲物，分析起來，便含有兩項特性: 第一，行使主權的人或團體，不僅能決定那些受彼支配的人民及私人團體的權利與義務，並且能自行決定自己的權利與義務。 所以德國學者往往說，主權『是決定一切職權的職權』 (Kompetenz-Kompetenz)。 第二，行使主權的人或團體，能以自己的實力強制那些受他支配的人民及團體服從其命令。 這裏所謂命令，就是英儒奧斯丁 (Austin) 之所謂 Command; 也就是奧氏之所謂 Law，因爲奧氏之所謂法律，就是行使主權者之命令。我的這個主權界說，只是一個法律的界說。 在這個法律的界說之下，主權之爲物，誠如奧斯丁及一般論者所云，卻是一種無限制的權力。 因爲法律的限制云云，必是一種造法機關所設定之限制; 現在依照界說，行使主權者，就是一切法律的淵源，而他的法律又能決定他自己的權力與義務，主權之本身，在法律上自無限制可言。

有些論者以爲憲法上的規定就是對於國家的主權所設定之法律限制。這也不是一種正確的觀察。 憲法上的規定，誠然可以限制代表國家的一切機關；就是制憲機關的權力亦往往受憲法限制；譬如憲法條文如果對於制憲機關修改憲法之程序有所規定，那便是對於制憲機關所設定的一種限制；又如憲法條文如果明定某項事體或某項原則，不得由制憲機關變更（例如法國現行憲法規定共和政體不得爲修改憲法之議題，）那自然也是對於制憲機關所設定的一種限制。但是這一類的限制，只是行使主權者——制憲機關——自行設定的限制；並不是行使主權者以外之機關所設定之限制，所以在法律上講，至多也不過能夠說，主權機關的意志尙受自己的意志限制。 嚴格的說，自己的意志之限制，是不能構成一種法律限制的（見前論主權自限說段。）

有些論者以爲行使主權者之權力，在國內法上雖然可說沒有法律的限制，對外卻受國際公法之限制。 這也極有反辨的餘地。 所謂國際公法，就是文明諸國

所公認爲規律國家與國家間關係的一些規則。　在這義上講，我們亦堅決承認，一切國家應該遵守這些規則。　可是在法律上說，這些規則之拘束，是否構成一種法律的限制，便要看這些規則，已否成爲法律。　如前所說，法律（即『實在法』）只是主權者之命令。　果爾，則一種規則之能否稱爲法律，便要看產生那種規則的個人或機關，是否一個主權者；換句話說，便要看他能否決定其所屬分子及其自己權利與義務；便要看彼能否以其實力强制執行他的意志。　國際公法，有的便只存於習慣，而非任何特定個人或特定機關所制定；有的雖見於國際協約，而產生此種協約者，卻不曾聯合構成一個具有主權條件之團體。　所以英人奧斯丁氏不認國際公法爲『實在法』(Positive Law)，而只認國際公法爲『實在的道德』(Positive Morality)。　目前國際公法的狀況，與奧斯丁氏立說之時代固然有別；然即就現在而言，國際公法亦尚未進化到我們所謂『實在法』之階級。　即就國際聯盟說，該聯盟公約，除對於違約作戰者略略設有制裁外，對於該約其他條文以及其他國際

公認之規則，亦未設有何等制裁。且聯盟之決定，不一定可以拘束盟員國；盟員國依聯盟公約尚保有退出聯盟之權利。這就是說，國際聯盟尚無決定其所屬分子及其自己的權利與義務之權能。凡斯事實，亦俱表現國際組織尚未成爲完全之主權社會，國際公法尚未成爲『實在法。』因此，我們如果對於法律這個名詞，只作狹義解——卽僅作『實在法』解，則主權云云在國際關係上，亦並不能說受有法律的限制。至於國家的國際行爲，在道理上應該受國際公認的規則限制，在實際上，多少不能不受國際公法限制，我們當然一一承認。

第二目　主權的分割問題

主權之可否分割，亦爲歷來主權論者之一大爭點。這一類爭論之產生，只由於彼此對於主權定義之不一致。如果我們認主權爲若干種個別權力之集合體（如對外之宣戰，媾和，締約等權，對內之立法，行政，司法等權，）則主權自屬可以分割之物。然而我們並不認主權爲如斯之集合體；此等個別權力，只是德國學者之

所謂『統治權』(Herrschaftsrecht)㈧而非主權。我們之所謂主權，係決定國家所屬的分子與國家自己的權利義務之權力。如前所述，此種權力，便卽德人之所謂『決定一切職權的職權』(Kompetenz-Kompetenz)。在這個界說之下，主權自然是一種無可分割的權力；因爲在一個國家之內，如果有兩個賦有此種權力的個人或機關，其結果必然是一種無政府狀態。

可是主權之爲物，雖然不能由兩個或兩個以上之個人或機關獨立的各自行使；而主權之行使，卻可由兩個或兩個以上之個人或機關，共同行使。英國憲制，以決定國家所屬分子及國家自身的權利義務之權力，付諸君主，上議院，及下議院共

註㈧『統治權』爲德國公法學者所擬立之名稱，然德人所用之字亦殊不一致；有稱爲 Herrschaftsrecht者，有稱爲 Hoheitsrecht 者；尙有稱用他字者。此字之意義如何，德國學者彼此亦不無歧論；大率均釋此種權力爲一種對人的命令權，卽強制個人與團體服從命令之權；多數論者，俱認統治權爲可分之權力，而主權則否。

同行使，即其一例。其他諸國，亦往往以主權付諸兩個或兩個以上之機關共同行使。

晚近多元主權論者之主張主權分割，實亦不免漠視此義。英人柯爾 (G. P. H. Cole) 氏之分割主權的計畫，便顯然如此。柯氏的計畫大致是：國家應有兩種議會；其一為政治議會，依地域選舉制所選出之代表組成之，對於政治問題，行使立法權；其二為經濟議會，由各種職工團體之代表組成之，對於經濟問題行使立法權；至於兩方權限之爭執，則由兩方之代表組織聯合機關決定之。(九) 這就是柯氏之所謂主權分割。可是在我們的主權界說之下，這並沒有把主權分割；這不過把主權，即『決定一切職權的職權』，付諸地域代表機關與職工代表機關共同組織之聯合機關行使罷了；在這樣的一個國家內仍然沒有兩個機關可以獨立的各自決定國家所屬的分子以及國家自身的權利與義務。

註(九) Cole, The Social Theory 第八章。

十九世紀上半期以來，有些聯邦論者，以爲聯邦國家之異於單一國家，卽在主權之分割；意以爲單一國家，主權統於全國，聯邦國家，主權則分隸於聯邦與其所屬之各邦。 主斯說者之成立此種意見，無非因爲聯邦國家之各邦與其中央政府，依據憲法，各享有若干種權利，爲彼此所不能侵犯。 其實聯邦憲法上所劃分之事權，只是國家統治其人民之諸種個別權利，只是德人之所謂『統治權』而非主權。主權旣爲『決定一切職權的職權』，卽聯邦國家，自亦未能分割。 在聯邦國家中，行使主權之機關，亦只是制定聯邦憲法之機關；因爲中央機關及各邦的權限之權力，全由此機關決定故也。 聯邦國家的制憲機關，也許是單一的，也許是複合的（卽由兩個或兩個以上的機關合成之機關；）可是聯邦國家，亦決無兩個或兩個以上之機關，可以獨立的行使『決定一切職權的職權』。

第三目 主權的所在

主權的所在問題，也是頗形複雜的問題。 爲求說明的淸晰起見，我們可以把

這個問題，分作以下三個問題討論：

一　法律上主權之所在　這個問題的意義是：那一個特定個人或特定機關，在法律上，能決定國家所屬的人民與團體及國家自身的權利與義務？　我們以上稱用主權這個名詞，都只把他看作一種法律觀念；因此，主權所在問題，在我們的討論中，本用不着更加上『法律上』等字樣。　可是有些學者，於法律的主權觀念而外，尙如次節所述，立有政治的主權觀念；爲特別著明本節問題的意義起見，所以我們加上法律字樣。

這個問題的答案是：　不論在什麼國家，其行使主權之個人或機關，卽爲享有最高造法權之個人或機關。　譬如在從前之俄羅斯與中華民國以前之中國，君主個人便卽主權之所在；其在英國，議會與君主之集合體（英國法學者謂之 The King in Parliament，卽君主與上下議院）便卽主權之所在；其所以然，則以中俄等國之君主，以及英國之議會與君主，在法律上，能制定任何法律（憲法及其他法

律，）而不受外力限制；換言之，卽賦有決定國家所屬的分子以及國家自身的權利與義務之權力。　有些國家，一面旣承認憲法之效力高於其他法律，一面並且以制憲之權付諸普通造法機關以外之制憲機關；在那些國家中，制憲機關便卽主權之所在；因爲在那些國家，惟有制憲機關，乃能制定任何法律而不受拘束，乃爲行使最高造法權之機關。

二　**政治主權說**　行使主權的個人或機關，在法律上雖然可以決定國家所屬的分子以及國家自己的權利與義務，在實際上，他的決定，卻不見得不受其他個人或團體的勢力支配。　因此，有些學者，如戴雪(Dicey)里奇(Ritchie)諸人⊕更分爲法律的主權(Legal Sovereignty)與政治的主權(Political Sovereignty)。　因此，

註⊕　見 Dicey, Law of the Constitution, 及 Ritchie, Principles of State Interference。參看 Bryce, Studies in History and Jurisprudence, 及 Sidgwick, Elements of Politics。

我們於法律的主權所在問題（卽上段所述之問題）而外尙有政治的主權所在問題。所謂法律的主權，就是在法律上能決定國家所屬分子以及國家自身的權利義務之權力，就是我們之所謂主權。所謂政治的主權，就是實際上，能決定國家所屬分子以及國家自身的權利與義務之權力。握有這種權力的個人或團體，就是政治主權之所在。法律主權與政治主權之分離，是極常見的現象。譬如一個民選的專制元首，如果不希冀於任滿後繼續被選，並且缺乏責任心，道義心，他也許就成爲一個兼有法律主權與政治主權的人；因爲在法律上他享有無限的權力，在實際上他也可以不顧民意爲所欲爲；但是他如果希冀繼續被選，他就不能不尊重選舉機關的意思；因此，他就不復保有完全的政治主權。這還不過是一個虛擬的例子。就實例言，我們可以英國爲喩。從法律上說，英國的主權，操諸議會（詳言之，應該說操諸議會與君主(The King in Parliament)，可是英國的選民團體，是很可支配議會的意志的；因此，有些學者以爲英國的選民團體，雖然不是法律的主權

之所在，卻是政治的主權之所在。(廿) —

在現在許多民治國家中，政治的主權，也許可以說是操諸人民的多數或選民的多數。然而操握政治主權的人，是否僅以這些人爲限，還是一個問題。在民治尚未發達的國家，我們往往也難指出那些特定人或特定團體，爲政治主權之所在。因此，政治主權的所在問題，永難得着一個確切的答案。可是里奇氏以及其他學者對於這個困難問題，卻成立了一個簡單的答案：他們以爲不論在什麼國家，政治的主權，實際上都存於人民的多數。他們以爲人民多數的意志是必然有效的，

註(廿) 奧斯丁氏並認英國的選民團體爲法律的主權之所在。那是奧氏一種錯誤；因爲英國選民團體在法律上並不能制定任何法律；並不能自行以法律決定任何人或任何團體之權利義務。一個國家對於制憲問題，如果採用了複決 Referendum 與創制 Popular Initiative 諸制，（看第三編第二章論複決制與創制制諸節）他的公民團體乃可說是法律的主權之所在（有時仍不過構成行使主權機關之一部分，因爲議會或其他機關仍有參預造憲之權）。

因為人民多數有訴諸實力或革命之可能，無形有形之中，治者階級永遠不能不受他們的威壓。這種學說自然亦有一部分真理；可是這種學說卻忽視了實力的組織問題：一個人數較少而有組織的人羣，其實力很可超過一個人數較多而無組織的人羣；一個專制君主，挾着少數有組織的軍隊，便可宰制衆多的人民。因此，在許多國家中，政治的主權，實際上並不存於人民的多數。就令說，人民多數的意志終於有效，人民的意志，亦決不是在任何時期都有效或在任何時期都有充分的效力。

三　國民主權說　有些學者，更把主權的所在問題，分作主權由誰行使與主權屬誰享有兩層。從法律上的見地說，行使某種權利的人，不一定就是該種權利的所有人；因為權利的所有人有時可以將其權利，委託他人行使。十八世紀以來，盧梭以及其他許多學者對於主權的所在問題，也就抱着這種見解。因此，有些人對於主權的所在問題，除了討究主權由誰行使的問題而外，還討論主權屬誰享有

之問題。依着這派人的見解，行使主權之個人或機關，係受主權所有者之委託而行使其權力；國民全體，則爲主權的所有者，或主權的主體。這就是十八世紀以來之所謂『國民主權』(Soveraineté Nationale)說——吾國譯語有時稱爲民權主義。這種學說，法國自一七八九年大革命以來，並曾迭次以憲文宣示。其一七八九年之人權宣言第三條云：『主權全體，根本的屬於國民；任何團體或個人，不得行使未經國民賦予之職權。』其一七九一年憲法亦云：『主權是唯一的，不可分的，不可割讓的，與無期限的。主權屬於國民。』以後法國憲法，亦迭有類此之宣示；其他諸國憲法亦往往設有此種規定。吾國民國元年臨時約法亦著有『中華民國之主權，屬於國民全體』之文。⑪

註⑪ 民國二年天壇憲法草案，未設有關於主權之規定；民國十二年北京國會所成立之中華民國憲法，仍設有主權一章，規定『中華民國主權屬於國民全體』。各省省憲或省憲草案，亦大都設有『省自治權屬於省民全體』(民十一湘憲)，『省之自治權本於省民全體』(民十浙憲)，

從盧梭的民約論(Contrat Social)與上述法國大革命時代的憲文，我們可以看出國民主權說的兩個要點：第一個要點在承認主權屬於國民全體。第二個要點在承認政府為代表國民全體行使主權的機關（盧梭說政府祇是國民的雇員(Commis du people)，他的權力是有限的，因為主張國民主權說的人明白宣示『任何團體或個人，不得行使未經國民賦予之職權。』至於主權所有者——國民全體——之主權應否亦有限制，則法蘭西大革命時代崇信國民主權說的一般人士，與倡導國民主權說的盧梭，意見似不一致：法蘭西大革命時代的人士，認為『人權』之為物，不獨非任何政府機關之所能侵犯，就是國家或國民全體也不能侵犯。這顯然是說主權要受人權限制。盧梭則認個人的一切權利，於最初成立『民約』組織國家的時候，已完全割讓於社會（即國民全體；）因此，盧梭不認個人保有對抗社會之任何權利：換言之，即依據『民約』國民全體的權力，不復有任

『省民在法律上皆為權利主體』（民十五浙憲）等規定。

何限制。⑬ 所以狄驥謂法國革命時代之人權觀念，不本於盧梭而本洛克 Locke；因爲洛克的契約說，承認人權爲人民於最初結約造國的時候，所保留之權利。⑭ 狄氏並以爲盧梭的國民主權說，與十九世紀以來德國學者所倡導之國家主權說根本相同；因爲承認主權屬於國家——這就是國家主權說——與承認主權屬於國民全體，實際上初無根本差別；且盧梭既承認國民全體之權力無限制，其與德人之國家主義或國家主權說，亦屬根本一致。⑮

主權何以應認爲屬於國民全體？ 依着盧梭的學說，主權之屬於國民全體，是『民約』的一個條款。 這完全是盧梭虛擬的一種理論，初無事實的根據；我們於

註⑬ 參看 Rousseau, Contrat Social 卷二第四節及卷一第六節與第七節。 嚴譯盧梭民約論欠精確之處甚多，不足備考；讀者須看原本或英譯本。

註⑭ 洛克的契約說詳見次節。

註⑮ Duguit, Traité de Droit Constitutionnel 卷一第 478 頁以下。

次節評論契約說時，當再說明此層。　可是國民主權說，雖屬虛擬的理論，他的實際的效用，確屬不可湮沒：　在法蘭西大革命以前，還沒有脫掉法國君主路易十四『朕即國家』的觀念；普通人亦尙認君主爲主權的主體，或主權的所有者；換句話說，那時候一般人所崇信的還是主權在君說。　十九世紀期內，歐洲其他諸國的學者——尤其是普魯士學者——仍不乏崇信斯說之人。　國民主權說，在法蘭西大革命時代，曾經撲滅了法蘭西人士的君主主權說；在法蘭西大革命以後，對於他國人士主權在君的觀念之消滅，也有不少的勞績。　但是這個虛擬的理論，就是單就他的實際效用而言，也有兩大弱點：　第一，國民主權說之採納，不一定可以得着一個爲國民全體謀利益之政府；因爲這個學說並沒有要求採行何種特殊政體。　這個學說只說行使主權者是主權所有者之委員或代表；因此，這個學說之所要求，至多亦不過是政府須出自民選。　那末，像古代希臘的純粹民治制度，近代瑞士的複決制度，近代一般國家的單純代議制度，甚或羅馬的民選專制元首制度，無一不可

與國民主權說相融洽。　就實例言，法國大革命後的憲法，除了一八一四年憲法而外，雖然一一採納了主權屬於國民全體的原則，其所採之政制，或爲共和，或爲君主，或爲民選專制元首，形形色色，無一不備。　足見崇信國民主權說的法蘭西人，亦初不以此種原則與任何特殊政體，有邏輯的關係。　可是爲防杜政府專制起見，主權行使的機關與主權行使的形式，實較主權的所屬問題更形重要。　第二，國民主權說，可以危及個人自由。　何以故呢？　依照盧梭的國民主權說，則國民的『公意』儘可爲所欲爲，因爲國民的主權，不受個人任何權利的對抗。　贊成國民主權說的人，就令不和盧梭一樣承認國民主權無限，實際上亦難免發生與盧梭學說相似的危險，因爲主權既歸諸國民全體，則一般人的見解，實際上便或不免把國民的『公意』與真實的正誼公道視爲一物；換句話說就是，一般人難免不僅因法律產自國民公意，遂視法律爲正誼公道之表現。　這也很可妨及真正公道的實現；很可危及個人的自由。　所以法儒狄驥對於國民主權說，也和他對於主權在君說一樣，力加

攻擊。　他以爲國家的權力，永遠是屬於一個强有力的治者階級。　他以爲治者階級，無論爲皇帝，爲君主，爲議會，爲國民全體或國民多數（治者階級，在形式上卽令說是國民全體，實際上亦只是國民多數，）不能說是有何固有權利或無限權力，可以强制他人之服從；他們的行爲，應該與被治階級，同受一個最高原則之支配，卽促進『社會聯立關係』之發展；換言之，卽促進人類之分工與合作。　所以主權的主體問題，在狄驥的學說中，便完全不能成立。(廿)

第四節　國家的起原與根據

國家何因而產生？　這是政治學上之國家起原問題。　國家根據什麼理由而存在，而可要求我們承認與服從？　這是國家的根據問題。　這兩個問題，本不必有因果關係；因爲國家產生的原因不必能爲國家要求我們服從的理由。　然政治學

註(廿)　Duguit，前書卷一第 400–408 頁及 516 頁。

者，往往將國家的起原與國家的根據看作含有因果關係，把這兩個問題，混作一個問題。這是錯誤。今將此兩問題併在本節討論，不是承認這兩個問題有連帶關係，正是爲說明他們沒有連帶關係。

國家起原這個問題，是政治學者與社會學者的共同問題。前者之方法，係從理論上推測想像；後者之方法，係從事實上探考——卽從人類過去歷史及現時野蠻民族生活實況上去探考。前者所研究的問題，是國家產生的原因，後者所注重的問題，是國家組織由何種形式的人類生活蛻化而來。所以國家起原這個問題，在政治學上及社會學上的意義也不全然一樣。自然，社會學者如能解決他們所注重的問題，自然也能幫助政治學者解決國家產生的原因問題。可是國家之爲物，產生在人類有史以前；國家係由何種形式之人類生活蛻化而來，探考亦極不容易，社會學者對於人類最初的社會組織，迄今亦尙議論紛然，莫衷一是。歷來政治學者，乃相率撇開事實，而純從理論方面，推測國家的起原，卽國家產生的原因。許

多政治學者並視國家的起原，卽國家權力根據之所在。此種理論，約有數說：

一 神意說 此說之主要觀念，在認國家之存在，基於神意。此種觀念，殆存於一切初民之腦經中。據近代研究社會學的人一般意見，宗教與政治的組織，在各種古代民族中，都有密切的聯合；當時之酋長或君主，往往同時被認爲宗教之領袖。猶太民族，卽最著之一例。在舊約中以及梵文載籍中，殆無不有此觀念。十五六七世紀時，歐洲諸國之君主與其他人士之持神意說者，亦復甚衆。

主張神意說者，不獨以爲國家之存在，基於神意；他們並以爲國家既基於神意而產生，人民便不能不服從國家。以是國家的根據，卽存於國家產生的原因中。

國家的產生基於神意，這已經是一種虛玄的超科學的論斷。就令國家的起原基於神意，人民又何故因此而有服從國家權力的義務呢？崇信神意說者之說明，大概不外兩層：或則以爲盡人皆有服從神意之義務。或則以爲國家既基於神意，人民便無對抗政府的任何權利，因爲政府的權利係受諸神而非受諸人民。

所以神意說亦稱爲『神權說』(Theory of the Divine Right)。這自然也只是些虛玄的與超科學的議論，在學理上自無辨駁之必要。就實際言，在十六七世紀歐洲諸國君權方興，民權思想的勢力尚弱之時，神權說之於民權運動，誠有對抗之能力。今則此說之勢力，在一般國家，已完全消滅，實際上亦已無煩我們之駁斥。

二 契約說

與神意說相對抗者爲契約說。契約說對於近代政治思想有很大的影響；我們不能不給以較詳之討論。

第一，契約說之一般性質。持契約說者甚衆；其立論初非彼此一致；但一切契約說，含有兩個共同觀念。第一個觀念便是『原人狀態』(The State of Nature)之觀念。凡主張契約說者，俱謂人類於國家成立之前，實生活於一種毫無政府與毫無法律的原人狀態之下。至原人狀態之生活若何，則衆說紛歧，初非盡同。或謂原人狀態爲一種人類終日互相爭殺的野蠻狀態；或謂原人狀態不過是生命與自由不甚安全之狀態，究非極端的野蠻狀態；或則謂原人狀態之生活爲人類樸實，

愉樂，自由之生活。第二個觀念，便是『民約』(Social Contract)之觀念，凡主張民約說者，俱以爲國家之產生，基於一種契約。至此種契約之當事者爲何，則亦衆說互歧。或以爲此種契約僅成立於人民與人民之間；或則謂此種契約成立於人民與政府之間。

第二，諸家契約說之互異。以上所述契約說之觀念，卽在希臘與羅馬時代之政治思想中，亦未嘗全不存在：卽如柏拉圖(Plato)於其所著共和國(The Republic)書中，卽稱用哲學家甘路康(Glaucon)爲承認國家之成立基於契約之人；特柏氏自己不曾附和甘氏之說耳。羅馬法律，原承認人民爲一切政治權力之淵源；而政府之存在，必出於人民之同意，殆不僅爲當時法律家之思想，抑且已爲當時一般人士之思想。然契約說雖在古代已有萌芽可尋，而近代之契約說，則僅發端於歐洲中古時期，盛行於十七八世紀之間。在十七八世紀間，倡導契約說之最力者，爲英人柯卜司(Thomas Hoobbes, 1588–1679)與洛克(John Locke, 1632–1704)

及法儒盧梭(Jean Jacques Rousseau, 1712–1778)諸人，茲取三氏之說，分別論述之：

(一)柯卜司契約說　柯氏契約說，見彼所著之 Leviathan 書中。柯氏以爲人類初期，係生活於一種原人狀態之下；無法律，無政府，惟長日互相爭殺，以各求自存；故彼所謂原人狀態，實一種野蠻殘酷之生活狀態。寖久，因爲人民不滿於此種爭殺生活，人民與人民之間，乃成立一種契約，組織國家。依據此項契約，人民與人民實已相互承認，各以其一切權利，讓諸一個强有力之個人，或一個强有力之團體，而聽其支配。這個强有力之個人或團體，便是政府。

依着柯氏的學說，這個造國的契約，原只成立於人民與人民之間，政府並非契約之當事者；由是，一方面政府可不受民約之束縛，一方面人民既已自願割讓其一切權利，便應完全服從政府。蓋柯氏立論之用意，只在爲

君主專制，求得一個理論上的根據。柯氏生當英國十七世紀中葉大革命期內目覩克林威爾革命時代之種種事實故有此反動的言論㊀。

(二)洛克契約說　洛克的契約說，見彼所著之 Two Treatises of Civil Government 書中。依着洛氏的理想，人類於未有國家以前固生活於一種無政府與無法律的原人狀態之下；然原人狀態，初非如柯卜司所說，為一種長日互相爭殺之野蠻生活；不過人民之生命財產，因無公認的仲裁者存在，以為之保護，遂不呈安全鞏固之狀罷了。為求生命財產之鞏固，人民乃相約以其權利之一部分，讓諸一個治者階級，而賦治者階級，得以其所取得之權力，保障人民所保留之權利。故依洛氏之說，人民亦有服從治者權力之義務，因人民與治者之間，原有一種契約存在；但治者之權力，究

註㊀　柯氏所著 Leviathan 係於一六五一年出版；恰在克林威爾革命時期內距查理斯第一世之被戮，不過四年。

以人民所割讓之權利爲限，而不能侵犯人民所保留之基本權利；否則人民得以推翻之。　此洛氏與柯氏之見解相異之點。

本來洛氏學說，產生於英格蘭十七世紀第二次革命（一六八八年）之後，㊁其目的在爲當時革命者之舉動，求得理論上之根據：　當時革命者之廢黜英王詹姆士二世，與力圖建設君主立憲政治，洛氏實深寄同情，因努力而爲此申辨之說，

(三)盧梭契約說　盧梭以爲原人狀態的生活爲人類之愉樂生活，當時人民，各能覓得其個人之幸福，而又極端獨立，不受任何人爲的法律之束縛。逮人口日衆，此種愉樂的原人生活，乃不復可以持續，於是人民不得不放棄其原來之自由相約而以民約組織一種國家。　關於民約的當事者，與民約的內容，盧梭之意見，概括言之不外次之三點：　第一，民約係成立於

註㊁　洛氏所著 Two Treaties of Civil Government 係於一六九〇年出版。

人民與人民之間初非如洛氏所說成立於人民與政府之間。第二，契約裏的條款，必已給予一切人民以平等的待遇；因不如此則不能取得一切締約者之同意。第三，依據契約的條款，一切人民必俱已承認將其固有的一切權利，歸諸國民全體，而聽國民的『公意』(Volonté Générale)之支配。㊂ 因此，國民全體或國家成為主權的主體，卽無限權力的所有者。締約人民何故肯以一切權利歸諸國民全體或國家呢？盧氏以為國家權力既為全體人民公有之權力，則服從國家之權力，實無異於服從自己；以故國家之權力雖無限，個人之自由初不因是而減縮。至於政府，盧氏

註㊁ 盧梭之服從『公意』云云，亦只是服從多數的意思。依着盧梭的見解，民約之本身，必須是經全體一致的同意而成立的一種法律。民約既成以後，一切法律——卽主權者所表示之『公意』——之成立，都不必取得人民全體之同意，而只須人民多數之贊同。所以服從多數，在盧氏理論中也是民約中之一個條款。看 Rousseau, Contrat Social 卷四第二節。

則認爲國民之雇員，其權力當然有限制。 這是盧氏意見異於柯氏之點，因爲柯氏承認政府之權力爲無限。 這也是盧氏意見異於洛氏之點；因爲洛氏雖承認政府之權力有限，他卻沒有將政府與國家分爲兩物。㊃

第三，契約說之批評。 由以上所述，可知柯洛盧諸氏之契約說，其用意或在擁護君主專制，或在對抗君主專制，或在伸張人民全體或國家之權力，俱非以冷靜的客觀態度，推究國家的眞實的起原。 在實際上諸氏學說雖各各曾經發生很大的功效，在學理上諸氏學說今已爲一般所唾棄。 依着諸家契約說，則人類最初之國家，是因爲一羣毫無政治經驗的人民，感覺政治組織之必要，各各本其自己的意志，而以契約造成的。 分析言之，就是說，原始的國家，是一羣毫無政治經驗的人民的產物；並且是這種人羣裏面各個人民的理性與意志的產物。 按諸事實，我們實無

註㊃ 以上所述盧梭的契約說，大率見他所著的民約論；但盧氏對於原人狀態的見解，則詳盧氏的 Lettres écrites de la Montagne 及其 Discours sur l'origine de l'Inégalité。

從贊同此種議論。何則？

在人類歷史上，我們便尋不着一個人羣，先前毫無政治經驗，而能依自己的理性與意志，結約以成國。誠然，近世歷史上，亦有人民互相立約以建國家之事，如一六二〇年英國清教徒赴美殖民，於其舟中簽訂公約，預備根據該約在美洲立國，即其一例。㊄ 又如美國坎律弗利亞(California)州，在十九世紀上半紀期內，因金錢之發見，曾誘致各種人民前往該地；此種人民於一八四九年制定一種憲法，以成今之坎律弗利亞邦，亦是一例。然此種人民，究非曾經生活於一種原人狀態之下的人民，究非毫無政治經驗之人民；以故政治的覺悟，雖可認爲特種國家之起原，倘必認爲一切國家，或人類最初國家之起原，固倘非史實之所示。且持契約說者，認國家之成立，不僅基於人民之意志，而且基於個人之意志，亦與近代社會學者所研究之結果，不無相左；因據近代一部分或一般社會學者之意見，人類初期，社會之單位，

註㊄ 參看第一編第一章第三節

實不在個人而在家庭社會權力，不在個人而在家庭或家長，權利義務之關係，不存於個人與社會之間，而存於個人與家庭或家長之間。(八)

註(八) 此說詳見英人梅因 H. Maine 的 Ancient Law 及 Early History of Institutions 兩書。 依據梅氏此說，人類各種社會之最初政治組織，殆俱由一個家庭擴大而來； 一個家庭之中，其權力完全操諸一個年齡較長之男子，其餘之分子，皆完全受其支配，殆與奴隸之對於家主無甚差異。 逮家庭擴大，遂分爲若干家庭；此若干家庭，一面則亦各各有其年齡較長之男子以爲其長，一面復共同受治於一個年齡較長之男子；由是而部落之組織以成。 歷久，一部分之分子，復脫離此部落自成新部落，而此若干部落仍因其血統之相同，共受治於一個首領之下；由是而國家之組織以成。 簡言之，依着梅氏之說，初民社會其單位實爲家庭而非個人；其家庭權力與社會權力操諸男子家長之手。 這就是社會學者之所謂父系說(Patriarchal Theory)。 梅氏此說，求諸阿利安與斯密種諸人種之古史——尤其是猶太人之古史——實有許多明顯之證據；即在希臘羅馬時代，其城市之政治權，亦操諸各家家長之手。 誠然，社會學者亦尙有以母系說(Matriarchal Theory)，以及圖騰(Totem)「雜婚」(Promis-

由上所述，足見契約說決不能解釋國家起原。 契約說既不能說明國家起原，契約說亦自不能給予國家以任何根據，因為主張契約說者，原認國家權力之根據，存於人民間或人民與政府間，於國家最初成立時，所成立之契約中。 今即退一步說，假定國家最初成立之時，實有一種契約存在，然祖先所立之契約，在道理上講，亦不見得能繼續的束縛其嗣裔，由是欲令國家之權力繼續獲有根據，殆非如往昔美國麥迪生(Madison)紀福生(Jefferson)諸政論家之提議，憲法(彼等認為民約)應於一定年限交付人民表決一次不可；㈦ 且非如瑞士華特爾(Vattel)氏之說，凡對於憲法不能同意者，應許其脫離國家不可。㈧ 凡斯結果，實際上亦將陷國家本

cuity)等說，與父系說相對抗者。 然無論最初生活狀態為父系的或母系的，為圖騰的或雜婚的，各個人民，都不見如契約說諸人所想像，有同等的意思力。

註㈦ Willoughby, The Nature of the State(紐約一九一一年版)第 867-868 頁。

註㈧ 參看第一編第一章第一節論憲法之修改段。

身於極不穩固之地位。

三　強力說　與契約說相對抗者，除了神意說而外，歷來尚有强力說。持契約說者，以爲國家之產生，實出自人類理性與意志；持强力說者則認國家之產生，完全是一種自然現象，而不出於人類理性與意志，此其相異之點一。持契約說者，認國家之產生基於契約，其根據亦基於契約，以是國家起原與國家根據，混而爲一；主張强力說的人，亦有認强力爲國家根據的（例如柴思克 Treitschke）；其意卽謂我們之必須服從國家，就因爲『强力卽權利』。其他學者（例如狄驥 Duguit）雖承認强力說足爲國家起原之說明，卻不承認强力足爲國家權力的根據；由是，國家起原與國家權力的根據，析而爲二；此其相異之點又一。

瑞士政治學者霍納（Ludwig von Haller）爲十九世紀初期倡導强力說最力之人。他於一八〇六年充任柏因（Bern）大學公法教授，對於法蘭西大革命時代流行之民約說，深致不滿；乃發表鉅著以力駁其僞。[9] 依着霍氏之說，人類之有

強弱，是一種自然現象；國家之產生，係因人類之有強弱；以故國家之產生亦是一種自然現象。 人類之有強弱，何以便產生國家？ 霍氏以為強者力能自給自助，既無須假藉於人，且能輔助他人而滿足其需要；由是強者便是自然的治者，而凡依賴強者以滿足本人需要之弱者，便是一個自然被治者。 一羣之中，如有一人，因其武力，資產，或其他先天與後天所獲得之才智足以自助，且足以助人，自然有許多資質及地位較弱之人擁之而受其支配，由是而君主制之國家以成；一羣之中倘有一團體之人，其財力，或資產，或才智，立於相互平等之地位，則此相互平等之人將羣受其他較弱者之擁戴，由是而共和制之國家以成。 以故依着霍納之理想國家之產生初

註㊈ 霍氏對於此問題曾費十八年之力成一專著名為 Restauration des Staats-Wissenschaft, oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands der Chimäre des Künstlichbürgerlich entgegengesetzt（政治學之復古或反抗國家人為說之國家自然產生說）是書計共六大卷，首卷於一八一六年出版，全書於一八三四年始告竣。 是書學說之概要，見 Dunning, History of Political Theories, 卷三（一九二〇年版）第195—209頁。

不出於人民之理性與意志，而純出於自然；卽强者之支配弱者，亦並不須乎强者之希冀此種權力，與尋覓此種權力；就令强者無所容心，而此種强弱間之支配關係，亦必自然產生，恰如家庭間幼者之受庇於長者，學校間生徒之受庇於師長然。

狄驥亦爲主張强力說否認契約說之一人；他亦以人類一切國家之產生，（過去的與現存的一切國家）都只爲人類之有强弱。 雖一個時代之所謂强弱，與他一時代之强弱，不必恆同，（譬如甲時代之强者，或爲武力優强之階級，乙時代之强者，又或爲智識較强之階級，或爲經濟力較强之階級，或爲數額較衆之階級，甚或爲道德較强之階級，）而强弱之差別，則常存在。 强弱之存在，便卽治者與被治者兩階級之所由生；因爲强者不惟能支配弱者，並且希冀支配弱者之故。 然狄氏雖以强力說解釋國家之起原，卻以爲國家之根據，決不存於其產生之原因中；因爲强者之支配權力，只是一種事實權力，只是基於一種自然現象；任何事實權力，俱不能構成倫理上或法律上的權利；換句話說，卽在道理上無强制他人服從之根據。㈩

四　結論　神意說與契約說之不能說明國家的起原，實屬無可否認；既不能說明國家起原，則神意說與民約說關於國家權力的根據之說明，亦自不能成立，因爲神意或民約都不過是空中樓閣——就令神意或民約不是空中樓閣，也不見得可以構成强制人民服從國家之根據。　實而言之，國家的起原，與國家權力的根據，蓋屬兩事。

國家之產生，誠如狄驥霍納諸人所云，係因人類之有强弱。　可是人類之有强弱，是否就是國家起原唯一原因呢？　關於此點，我們還應略略說及一兩種未經說及的學說。

承認國家產生，不基於人類的理性與意志，而基於自然事實的，除卻强力說而外，學者間尙有羣性說與心理說。　羣性說認爲國家這種組織之產生，只是因爲人類都有一種『天然的羣性』(Natural Sociability of Man)；只因人類有願營羣的

註㊉　Duguit, 前書卷一第 409–500 頁。

生活的天性 譬如伯倫知理 (Bluntschli) 便是倡導斯說之一人。(十) 心理說認爲國家之成立，係因人類間彼此都有『一種共同利害的感覺』(A sentiment of mutuality of interest)。譬如耶律芮克(Jellinek)與韋羅貝(Willoughby)諸人，便都以此說解釋國家起原。(十一) 契約說諸人亦未嘗無此種觀念；他們不過還加上一種契約觀念罷了。 我們亦不否認『天然的羣性』與『共同利害的感覺』各爲國家成立的一個要素，假使人類沒有這種生理的或心理的狀態，就令人類間有強弱，也許不能產生國家。 可是羣性說與心理說可以說明人類社會生活之起原，卻不能特別說明國家這種社會生活之起原；換句話說，人類的羣性與共同利害的感覺，不一定要使人類產生國家這種形式的社會生活。 我們知道，國家這種社會生活的特性，在有一個治者階級，以其武力爲其意志或法律之制裁。 我們知道，無政

註(十) Bluntschli, Political Theory, (英譯本) 第三版第300頁

註(十一) Willoughby, The Nature of the State 第2頁及以下。

府主義者理想中之社會，也不是一個沒有治者階級，沒有規則，沒有制裁的社會，不過他們的治者階級，不是以武力爲後盾的政府，他們的規則，不是我們之所謂法律；他們之所謂制裁，只是我們之所謂道義的制裁罷了。爲什麼人類的羣性與共同利害的感覺，不會產生那種形式的社會生活呢？這就是因爲人類之有強弱。這就是因爲強者階級，能以其強力支配弱者。並且希冀以其強力支配弱者。譬諸一個家庭，家長與其卑幼，亦自有其『天然的羣性』與『共同利害的感覺；』然而家長與其卑幼間的支配關係之產生，則基於彼此能力之有強弱。所以我們雖不承認強力爲國家成立的唯一原因；我們卻不能不承認強力爲國家起原異於其他社會生活起原之唯一原因。

人類的智識，武力，經濟力，或道德等狀況，是不是永遠有差別呢？換句話說，人類之有強弱，是不是永遠不能消滅的現象呢？這層我們不願臆斷。可是人類就令永遠有強弱的不同，國家這種形式的社會生活，不一定也要跟着永遠存在。就

人類過去及現在的智識，道德等狀況而言，國家這種組織的產生，誠然是無可避免的事實；可是未來人類的智識，道德等狀況，如果都已進步到一定的程度，就令彼此仍有差別，治者階級，也許用不着以武力爲其意思的制裁，也許不願以武力爲其意思的制裁。　如其爾爾，那便可以演成無政府主義者之理想社會。　所以我雖承認强力說可以說明國家的起原——卽國家最初產生的原因，——我却不覺得强力說可以保證國家這種社會生活，永久不滅。

以上是關於國家起原問題的結論，以下我便結束國家的根據問題。

國家的產生既然是基於一種自然事實；國家權力，就是起原而言，自無道義上之根據可言。　倡導强力說的人，誠亦有承認『强力卽權利』的；那不獨是一種虛玄無據的論斷，那並且是一種極危險的玄說。　既然如此，國家如欲强制人民之服從，自須於國家的起原而外，另尋理由。　關於這層，我們可以說，國家如果使用他的權力，以履行一定的目的，他就可以獲得倫理的根據。　國家應有的目的，究竟是些

什麽呢？　論者於此，意見誠亦不免紛歧；但是我們可以說，一切論者，殆無不承認現代國家應該履行次述三項目的。　第一就是對外保護國民的安全。　第二就是對內維持社會的秩序。　第三就是『文化的目的。』　所謂文化的目的，約言之，不外是促進人民的道德，知識，與物質幸福之發展。　這三項目的，綜言之，也許可如狄驥所說，不外是促進『社會聯立關係。』　個人主義者與社會主義者，對於上述第三項目的的意見，自不一致，可是無論何人，決不會承認現代國家，只應該是一個『警察國家』(Etat-Gendarme)，只應以履行上述第一第二兩項目的爲限；彼此意見之相異，也不過在第三種目的的範圍上。　國家如果使用他的權力以達上述諸種目的，我們就可以承認他有要求我們服從的理由。　否則我們不承認國家在道義上，有强制我們服從之任何理由。

第二編 個人的基本權利與義務

現代一般國家的憲法，大率有一重要部分規定個人基本權利與基本義務。本編的目的，在對於列國憲法之此類規定，簡括的爲原理上之討論與比較的說明。吾國臨時約法以及其他中央或各省曾經成立之憲法或憲法草案，無論其曾否發生實效或有無發生實效之希望，其所規定，亦當酌量述及，以資討論。

基本權利與基本義務等名詞雖間爲列國憲法所稱用，㊀要非一般憲法所習用之名詞。我們稱用基本二字，亦無非表示這些權利，是列國造憲諸人所認爲個

註㊀ 例如一九一九年德國憲法第二編關於個人權利義務之規定，即以「德國人民的基本權利與基本義務」標題；又猶戈斯拉菲亞一九二一年憲法第二章，亦以「國民的基本權利與基本義務」標題。

人必不可缺少之權利；這些義務，是他們所認爲個人必不能解免之義務。一般憲法，雖皆設有此類規定；然如本書前編第一章第一節所述，列國憲法，固亦有完全不設此類規定者。彼不主張於憲法內設置此類規定者，其理由不外兩層：或則認此類規定爲無益，或則認此類規定含有危險性。法國一七八九年制憲時代，議會中有一小部人反對以『人權宣言』列入憲法；德國一九一九年制憲時代，議會中亦有一小部分人反對於憲法中規定個人之權利與義務，大致就基於此種見解。法蘭西一八七五年憲法（卽其現行憲法，）與德意志一八七一年憲法之完全省去此類規定，大致也是基於此種見解。何謂無益？蓋個人之權利，無論如何，都不能不具有一種限制；卽甲行使任何權利之時，必不能妨害乙行使該種權利。職是之故，憲法上所規定之權利，在原則上無論如何正當，實際上總還需要普通法律給以具體的規定；因爲憲法本文決不能規定得很具體。在無普通法律給以具體規定之前，論者以爲那些權利，實際上便不能行使，那些權利實際上不過是一種約言。

憲法上所規定之個人義務其性質亦復如是。這就是論者認為無益之一個理由復次，任何權利，如果不受法庭之保障，實際上便同虛設。德法等國對於違反憲法的普通法律，旣不承認法庭有拒絕適用之權——卽所謂憲法解釋權，——則凡個人憲法權利遭受普通法律侵犯時，遭受侵犯者初不能向法庭請求救濟；因是，憲法上所設定之權利，實際上亦將等於虛設。這也是論者認為無益之一個理由。然則所謂危險性者又安在？憲法所規定之權利，在理論上雖不能不各具相當之限制，然以憲文承認特種權利，實際上終不免使一般人感覺着那些權利是不受限制的權利，感覺着一切限制那些權利的法律是違憲的法律。那末，以憲文承認個人享有任何權利，實際上便無異引誘人民入於抗法自恣之途。這便是論者所指之危險性。

右述諸種理論，自亦各具一部分真理；可是個人之權利與義務，究不因是而不當入憲。蓋以憲文規定此種權利與義務，實際上可以實現次列三種目的：

第一，可為立法者，行政者，及司法者設立行為的準則。　列國憲法上關於個人權利與義務之規定，誠然多半是些抽象的主義或原則，在實際上誠然需要更具體的律文為之補充；可是這些主義或原則，亦大足曉示未來的立法者以立法之方針，未來的行政者與司法者以行使行政權與司法權之軌範。　譬如法國一七八九年『人權宣言』㊀所注重的就是這個目的：　那個宣言，總共不過十七款條文，亦復簡單；內中如禁止法律溯及既往；禁止不依律文而處罰；擔保人民在法律上之平等，等規定，俱係採取十八世紀哲學者之政治思潮而成立的抽象律文；其主要目的，俱在範圍未來立法者，行政者，或司法者之行為。　其他國家之憲法，往往於採取時代的新思潮而外，對於該國既存法律上所已承認之人民權利，與夫保障人民權利之方法，亦往往擷其精要，標為原則，著諸憲典；如美國聯邦憲法，將美國法制上夙已存

註㊀　法國第一次『人權宣言』於一七八九年八月二十六日通過議會。　及一七九一年法國大革命後第一次憲法完成之時，該項宣言即被照樣列入憲法。

在之陪審權著諸憲典，卽其一例。這也是爲未來立法，司法，或行政等機關之行爲，設定範圍。一九一九年德國憲法關於人民基本權利與基本義務之規定，大部分固然採自現世紀之新思潮，一部分亦係採自德國中央或各邦既存之民刑等律。

第二，可以爲人民權利謀有效的保障。人民的任何權利，誠如論者所云，都不能不有相當之限制；可是憲法上所規定的權利，不一定都須普通法律給以補充的規定，人民纔能行使。這全然要看憲文如何規定。有時候，憲法上所規定之權利，卽無任何法律爲之補充，人民亦儘可行使，亦儘可以法庭爲行使該項權利的後盾。復次，憲文所規定之權利，卽令尙須普通法律爲之補充，普通法律亦初不能違反憲法所規定之原則；否則受損害之人，應亦可訴諸法庭。由此看來，足見以憲文規定人民之權利義務，不僅可以表現一種主義或理想，不僅可爲國家機關立定行爲準則，實在還可以發生真正的法律效果。自然，這都是假定法庭享有憲法解釋權而言。在事實上，有些國家誠然尙未承認法庭享有此權；可是，法庭之應該賦有此權，

將如本書第四編第三章第三節所述，在理論上究屬不容否認。

第三，可有政治的教育作用。　以憲文規定人民的權利與義務，條文儘管簡單——並且正因爲條文簡單，——很可對於一般人民灌輸一些基本觀念。　否則一般人民或不免永遠缺乏這種觀念，因爲一般人民決沒有充分時間或充分能力去理解很繁複的普通律文。　所以列國制憲機關，對於以憲文規定個人權利義務問題，往往特別重視。(三)　這種規定，對於一般人民的政治心理之改造，往往也是一種極有力的工具。

基於上述諸種理由，所以一般國家憲法，對於個人的權利義務問題，俱不能採取抹殺態度。　彼此之所異，只在規定之詳略。　就列國新近憲法而言，此項規定，並

註(三)　一九一九年德國議會制憲時，亦極注重此層；憲文內並且規定，學校對於卒業離校之學童，須各給憲法一册（一九一九年德憲第一四八條）。

且大都趨於詳明。㉔

第一章 個人的基本權利

何種權利應認爲個人的基本權利，這自然隨着時代的思潮與各國造憲者之見解而異。列國憲法有將次述三類權利一概視爲個人之基本權利者，亦有不盡視爲基本權利者：第一類爲消極的基本權利，卽人身自由，言論自由，信教自由，集會自由等等個人自由是。爲使個人知識，道德與身體上之優性，得以盡量發育，國家對於這些自由，負有不加侵犯與防止侵犯之義務。所以這一類的權利，亦可稱爲國家對於個人的消極義務。第二類權利，可以稱爲積極的基本權利，如受國家

註㉔ 一七八九年法國人權宣言綜共不過十七款，各款之文句，亦極簡單。一九一九年德國憲法，關於人民基本權利與基本義務之規定，至逹五十七款之多，各款之所規定，亦往往甚長。

供給最小限度的教育之權利是。 爲謀個人知識，道德，與身體上優性之發育，有時候國家尙須對於個人，積極地履行若干種活動；國家的這種積極義務，便構成我們之所謂個人的積極權利。 第三類就是參政權，如選舉權，被選舉權，複決權，創制權，直接罷免權等皆是。 這類權利，以參預國家意思之構成，與國家意思之執行，爲其內容。 這一類權利與第一第二兩項權利也可以說是有目的與手段之關係，因爲沒有這種權利，第一，第二兩項權利的目的也許不能見諸事實。

在十八世紀法蘭西大革命時期，一般人士，率以參政權與個人諸種自由，含有一個根本差別： 他們認個人自由爲先國家而存在的『人權』，應爲一切人民所享有，不能因年齡，性別，或其他任何資格而有差異；至於參政權之賦予與否，他們卻認爲可隨年齡，知識，道德等資格而定。 換句話說，個人自由是必須普及的權利，參政權則不必普及於一般人民。 所以一七八九年法國人權宣言所列舉人權，並無參政權在內。 嚴格的講，此種區分亦殊不甚精確；因爲法律對於諸種個人自由，有

時亦不能不設爲年齡國籍，甚或其他限制；例如未成年者之書信秘密自由，婦女及兒童之工作自由，須受國家法律之特殊限制；又如出版，結社等自由，列國法律亦往往須設爲年齡，國籍，甚或其他限制，是。 晚近一般國家羣採選權普及制，而將歷來限制選權之財產，性別，教育等條件廢棄；參政權之性質，就其普及之程度而言，與前述第一，第二兩類之權利，初無任何重大差異。 所以晚近憲法（例如一九一九年德憲）往往將參政權亦視爲人民基本權利之一。

關於參政權的各種問題，我們於第三編，論公民團體權利諸章尚當細論；本章以次所論，便以第一第二兩項權利爲限。

第一節　消極的基本權利——個人自由

第一目　個人自由說的由來與論據

一　個人自由說的由來　今人輒稱人身自由，信教自由，言論自由，財產自由，

以及其他若干種個人自由，爲國家權力所不能侵犯之權利。 這種觀念，不特爲東方文化史上之所無，卽歐洲古代文化稱盛時代，亦不存在。 希臘，羅馬，固皆具有全民政治之歷史；然在希臘羅馬民治稱盛時代，一般人士，亦皆認國家權力爲無限，初未嘗承認人民有對抗國家之基本權利。

歐洲中世紀期內，自然法之觀念日盛；個人自由之觀念，始漸發展。 十七八世紀以來，洛克以及其他學者，俱認所謂人身自由，信教自由，言論自由等等，爲國家所不能侵奪之基本權利。 由是美十三州於一七七六年離英獨立之時，於其七月四日『獨立宣言』(Declaration of Independence) 卽宣示人類平等之原則，而認一切人類俱有若干種不可割讓之權利，卽『生存，自由，與尋求幸福』之權利。 獨立宣言發布以前，威爾金尼亞 (Virginia) 州于一七七六年六月制定憲法之時，卽曾以權利宣言 (Bill of Rights)，冠諸憲法，是爲個人基本權利入憲之始。 接着美國其他諸州亦相率以此種權利宣言列入州憲。 一七八九年法蘭西大革命發生後，

其議會亦首先通過一種人權宣言（Déclaration des droits de l'homme et du citoyen）㈠準備列入憲法；以是一七九一年法國大革命第一次憲法完成之時，該項宣言卽被列入該憲之首。 近代諸國憲法認個人諸種自由爲人民基本權利，而以之列入憲文之中，卽以美國諸州之權利宣言與法之人權宣言爲淵源。 誠然，承認個人自由爲人民的權利，並以成文法律爲之保障，卽在美法革命以前，英國已有

註㈠ 一七八九年人權宣言之原語旣爲 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen，人權宣言云云自屬略語，詳譯之自當爲「人權與國民權宣言」。 惟該宣言十七款所列舉之權利都只是十八世紀人士之所謂人權（卽以人類資格享有之權利），並無普通之所謂國民權（卽以國民資格所享有之權利例如參政權）；該宣言追加國民字樣，只在表示十七款內所列舉的權利，在國家成立以前爲人權，在國家成立以後，則爲國民權卽受國家保障之人權（Duguit, Traité de Droit Constitutionnel卷三第 579—581 頁）。 所指旣係一物，則爲稱用的便利計，初不妨沿用「人權宣言」之略譯。

實例，如一二一五年英王約翰承認之大憲章(Magna Carta)，一六二八年英王查理斯密一世承認之權利請願書(Petition of Rights)及一六八九年英王威廉承諾之權利宣言(Bill of Rights)皆是。㈠ 這些文書，自爲法美革命時代人士之所熟識；但是這些文書之目的都不過在限制國王之權力；法美革命時代人士之權利宣言或人權宣言，則以限制國家一切造法機關之權力爲目的；他們所表示的思想，都是十七八世學者，自由平等民約之觀念，不是英國那些舊文書的觀念。 故近代憲法之以個人自由入憲，從大體上講，不能說是以英國那些舊文書爲淵源。

二 個人自由說的論據 爲甚麼國家不應侵犯個人自由呢？ 對於這個問題，十七八世紀與近今學者之見解殊不一致。

其一，十七八世紀人士之解釋。 洛克及十七八世紀一般人士，大率認人身自由，言論自由等等爲人權。(Rights of man, droits de l'homme)；彼等之所謂人權，卽人

註㈠ 關於這幾種文書的內容，參看第一編第一章第二節註㈠。

類與生俱生之權利，卽構成人格之要素；以故彼等亦稱人權爲自然權利（Natural Rights, droits naturels）國家對於這些自由之所以不應侵犯，一方面固因其爲人權之故；而依洛克諸人之理論，一方面且因此種人權，於其不侵犯他人權界以內，實爲人民最初締結契約，組織國家時代所保留的權利之故。

人權說在歷史上雖已有極大之功效，在學理上講，究嫌空疎。第一，此說旣認人民諸種自由，於其不侵犯他人自由權限以內，爲人民締約造國時代之所保留，則國家之起原，倘非基於一種民約，斯說之根據，自成空中樓閣。然契約說之不能解釋國家起原，已如本書前編所論。第二，人權說認個人諸種自由，爲人格構成之要素，爲人民與生俱生之權利，亦只是一種玄學的論斷，而非直接或間接所能證明之事實。以故斯說在實際上雖已發生重大功效，其理論上之弱點，要難否認。

復次，十七八世紀持人權說的人，率以爲個人自由不是任何法律所賦予的權利，亦不是任何法律所能毀滅之權利；以憲文列舉此種權利，亦只是宣示這些權利

的存在，初非以憲文挧造這些權利；因爲這些權利是人類與生俱生之權利，是先國家而存在的權利，是人民最初造國時所保留的權利。 在此種見解之下，他們之所謂個人自由或人權，卻與其他權利不同： 其他權利（譬如參政權）是有國家而後產生的，是國家法律所賦予的權利，是國家法律所能變更的權利；至於個人自由或人權，無論列入憲法與否，任何造法機關——包括制憲機關而言——在法律上俱無變更之權力。 此種見解，十九世紀以來曾引起許多學者的攻擊。 實際上十九世紀以來，一般國家之憲法，亦已不復稱個人自由爲『人權』；譬如一八一四年法國憲法，關於個人自由之規定，稱爲『法蘭西人民之個人自由』(Droit Public des Français)⑫；一八三〇年比國憲法稱個人自由爲『比國人民之權利』(Des Droits des Belges)，一九一九年德國憲法關於個人權利義務之規定稱爲『德意志人民之基本權利與基本義務』(Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen)；

註⑫ 法文 Droit Public 一詞，卽指諸種個人自由而言。

俱係有意避用『人權』字樣。　吾國天壇憲法草案及民國十二年北京議會所發布之中華民國憲法，關於個人自由及其他權利之規定，亦係僅對『中華民國人民』而言；其標題亦爲『國民』二字。㊃　這些稱謂，大率含有兩層意味：一在表示那些個人權利，只是憲法賦予的權利，在法律上可依制憲者的意志而變更；一在表明憲法上列舉那些權利，只是對國民而言初非賦予一切人類（國民及外籍人民）以該種權利。

其二，晚近學者之解釋。　今之對於個人自由別立新解釋者，則謂國家之必須承認個人諸種自由，並非因爲這些自由爲一種人權；而純因這些自由爲個人優性發展之所必需。　蓋社會全體之進化，有賴於人類分工現象之發展，已爲一般公認之事實。　個人優性之發展，乃能促進社會分工現象之發展，亦屬顯而易見。　以是

註㊃　臨時約法第二章規定個人自由及其他權利係以『人民』二字命題；但該章首條關於人民平等之規定，亦明稱『中華民國人民』而不泛言『人民』；其他諸條，則僅稱『人民』。

欲求社會全體之進化，實不能不給予一切人民以諸種自由。 國家之目的既在促進社會全體之進化，以是國家對於個人自由於不妨害他人自由界限以內，便不應侵犯，而應給以保護。

此種解釋，實較人權說爲切實；然其承認人民自由之不應受國家侵犯，固彼此一致。 惟歷來主張人權說者，以爲國家之目的，只在消極的保障這些自由之不被侵犯，初不承認國家應於消極保障這些自由而外，更履行若何積極的義務，如供給人民以教育或工作之類是；其所以然，則因彼等認個人優性之發育，應由個人自謀，倘由國家積極干與，其結果或且與豫期者相反。 以故持舊解釋者，實皆偏於個性主義的理想之人。 持新解釋者，不僅承認國家對於個人諸種自由有不加侵犯與禁止侵犯之消極義務，並且承認國家對於人民，尚有積極的義務，如供給最小限度的教育或工作之類（是卽我們之所謂個人的積極權利。） 他們不獨承認國家對於人民負有積極義務，同時並承認人民對於國家，亦負有發展其個人優性之義

務，如受教育之義務，工作義務之類是。這是傾向社會主義者之理論。彼此對於個人自由問題，雖然是論據異而歸宿同，彼此對於國家與人民的積極義務問題，便不復保持相同之結論。

第二目 個人自由的範圍與種類

國家之必須承認個人自由，已如上述。然則抽象言之，個人自由究應有何範圍？分析言之，個人自由究含有若干種類？

一 個人自由的範圍 國家承認個人自由的目的，在使各個人民得以自由發展其知識，道德與身體上之優性。個人自由，就是個人的身體，知識與道德自由活動或表現之權能。關於這種權能的限制，法國一七八九年人權宣言第四款明白地說：『自由云者，於不妨害他人自由之範圍以內，得以爲所欲爲之謂；以故，各人人權之行使，除了那些爲謀社會中其他分子得享同樣權利而設定之限制外，不具其他限制。此種限制只能以法律決定。』 這就是說，國家對於各個人民的自由，

只能於保護全體人民自由之必要範圍以內，以法律設定限制。這種限制，在原則上自然無可否認。可是個人自由，愚意還應有另一限制。那種限制是：個人行使自由的時候，不得違反國家承認個人自由之目的。國家承認個人自由，其目的在謀個人知識，道德，或身體上優性之發展。享有自由的人，如果違反這個目的行使他的自由，自然應與妨害他人自由同認爲濫用自由。例如享有人身自由的人，因行使其人身自由，而以自己的身體爲買賣之目的物，又如享有工作自由的人，因行使工作自由而充他人之奴工（卽以身體與工作於法定期限內受他人之支配，）雖然不能說是妨害他人自由，卻與國家承認個人自由之目的，根本相異；因爲這些行爲根本的就要妨害個人知識，道德，或身體上優性之發育。所以精細地說，個人自由之範圍，應具兩項限制：第一，不妨害他人之自由；第二，不違反國家承認個人自由之目的。這自然都不過是些抽象的原則；實際上何種行爲便是妨害他人自由之行爲，或違反個人自由目的之行爲，自然還是些極費研討的問題。所以列國造

憲的人，儘管都承認這些抽象的原則，其對於各種自由的具體規定，彼此仍有重大的歧異。

二　個人自由的種類

列國憲法，不特對於各種自由的範圍，規定得互相出入，即其所列舉個人自由之種類，亦互有繁簡，不盡一致。但現代憲法所列舉之人民自由，究皆直接間接沿襲美國諸州之權利宣言與法蘭西大革命時代之諸種人權宣言，其所列舉之種類，歧異究屬甚少。我們可以說現代諸國一般憲法所承認之人民自由，含有次之兩大類：

其一，爲關係個人物質的利益之自由。屬於此類者可說是有四種，即人身自由，居住自由，工作自由，與財產自由是。其二，爲關係個人精神的利益之自由。屬於此類者，也可說是有四種，即信教自由，意見自由，集會自由，結社自由是。

列國憲法，於規定個人的基本權利與義務的時候，率倘同時宣示人民平等之原則；有些憲法甚至列人民平等爲個人基本權利之一種；㊄其不宣示此種原則者，

以偏重君權或貴族權利之憲法爲限（例如日本憲法。） 蓋自十八世紀以來，凡抱自由主義的人，俱視平等自由絕對不容偏廢故也。 玆故於討論諸種自由之意義與範圍以前，先釋人民平等之原則。

第三目　人民平等的原則

一　人民平等的意義　法國一七八九年人權宣言第一款卽宣言『人民生而權利平等。』 人民平等云云，其義究竟何若？ 將謂一切人民的經濟狀況應一律使之平等耶？ 抑僅謂一切人民，應享有法律的平等耶？ 由前之說，則承認人民平等，殆非承認均產主義不可。 由後之說，則人民平等之原則，初不涉及財富的分

註㊿　法國一七八九年人權宣言第一款雖宣言『人民生而權利平等，』其第二款所列舉之人權卻未嘗列人民平等爲一種人權；但一七九三年法國憲法則明認人民平等卽諸種人權之一。參看 Duguit et Monnier, Les Constitutions de la France depuis 1789（巴黎一九一五年版）第 2—3 頁及第 66 頁。

配問題。　法蘭西大革命時代諸種人權宣言，其宣示人民平等，實亦只在承認法律平等。　他國憲法，亦率如此；就是一九一九年德國憲法也只說『德意志人民於法律上均為平等』（第一〇九條。）　民國元年臨時約法第五條關於人民平等之規定，為『中華民國人民一律平等，無種族階級宗教之區別；』此類規定雖未明認人民平等為法律的而非經濟的，然當時造法者未嘗藉此以承認經濟平等，固可斷言；民國十二年中華民國憲法則已明白規定『中華民國人民，於法律上無種族階級宗教之區別，均為平等。』　然則法律的平等云云，其涵義又果何若？　依據法蘭西大革命時代迭次人權宣言之宣示，所謂法律平等，其意義有如次述：

依據當時人權宣言，則法律平等之意義，即國家對於一切人民，其保護或其懲罰，均應平等之謂（一七八九年人權宣言第四款。）　所謂保護與懲罰之平等，蓋恰如法國革命時代政治家史審（Sseyes）之所云，即不承認任何人民在法律上享有『特權』Privileges 之意。　史氏以為法律之承認特權，綜括之殆不外兩種方

法：　或則對於法律所禁止之事項，獨令特殊人民享有不受禁止之權利；或則對於法律所不禁止之行爲，不令一般人民享有行使之權利，而僅承認特殊人民享有之。本此解釋，則法律平等之原則，將有次之諸種結果：

法律上平等之意義，既係否認特殊人民之享有任何特權，則其第一結果，便須否認貴族制度。　何則？　蓋享有貴族爵位者，如爲享有實質的特權之階級，——例如英格蘭日本之貴族，得因其爲貴族之故而享有列席議會之權，——則其與法律平等之義，在形式上或精神上，俱相衝突，蓋甚顯然。　即令爵位僅爲一種榮譽的表示，而不附有任何實質的特權，亦與人民平等的精神，不甚一貫：　蓋此種榮譽，如爲一切人民得以享有之榮譽，則不應獨令特殊階級享有；如必須爲對於社會著有特殊勳業者始能享有之榮譽，則官階國帑已足爲酬庸獎德之資，亦無取乎更立爵位名稱與世襲制度，一方面使一般國民之心理永存階級之見，一方面且使具有爵位者自身不必爲曾著任何勳業之人。　以是法蘭西大革命發生之後，於一七九〇年

即逕以法律禁止頒給爵位，並且禁止襲用貴族之名稱。其他共和國家亦率禁止國家頒給爵位。惟與爵位相類似之榮譽名位，如所謂勳章之類，則即在共和國家，仍有由國家頒給者；即在法蘭西，今亦保留一種勳章制度。但新近共和憲法，對於勳章及其他一切榮典，亦往往採取徹底否認之態度。吾國元年臨時約法，三年中華民國約法以及十二年中華民國憲法，雖俱承認人民間應無種族宗教階級之別，而對於承認爵位與特殊階級之清帝優待條件，清皇室優待條件，以及關於滿蒙回藏各種之優待條件，初未廢止。民國三年之約法，並且明認此種條件，永不變更效力。至於勳位榮典等制，十數年來亦僅有極短時間之消滅。(八)

法律上平等之原則，既係否認任何人民之享有特權，則其又一結果，便是：國家對於一切公共機關之職務與位置，除規定智識的及道德的資格，以限制人民加入外，便不應別設其他限制，換言之，即凡具有法定之智識及道德條件之人民，便應

註(八) 參看第四編第一章關於頒給榮譽權之論述。

一律享有充任該項職務或位置之資格 此亦法國一七八九年人權宣言所曾明白宣示者（該宣言第六款） 一九一九年德國憲法第一二八條亦有同樣之宣示；該憲第一〇九條並且明白規定『男子及女子，在原則上，享有相同之政治的權利與義務。』㈦ 吾國臨時約法及中華民國憲法，僅云不得因種族，階級，宗教，而示區別；蓋造法者尚未肯遽認男女兩性之不應有所區別；但民國十年至十五年間各省省憲或省憲草案則率認男女平等；男女平等之範圍，且不僅如德憲所定，限於政

註㈦ 『在原則上』(Grundsätzlich)云云，德國憲法學者之解釋不一： 有謂這個疏狀語的意思，是說凡因男女兩性身體上之差異而不能不予以相異之待遇者，則卽設定相異之待遇，初無妨於平等之原則（例如豁免女子之兵役）；有謂這個疏狀語的意思，是說德國現行法律對於男女兩性所設的差異，仍可有效；憲法的規定只是給予未來立法者一個立法方針。 復次，男女兩性之平等，旣限於政治的權利與義務，則對於男女的私權如婚姻權，繼承權，親權等等，如果設定差別的待遇，初與該憲之所謂男女平等，不生牴觸。

治權利（卽參政權）而涉及一切權利。㈧ 就理論言，法律平等之原則，雖不必承認人民參政權之普及，——因人民之智識與道德等狀況不必盡能滿足各項公共職務所需要之條件——然於智識道德等條件而外，倘復增加性別的條件，其有背於法律平等之原則，殆屬無可否認。

此外，法國一七八九年人權宣言所宣示之納稅平等，亦是當時人士所認爲法律平等之一種結果。惟彼所謂納稅平等，自非謂一切人民應負擔同額之租稅；只是承認各個人民，應各按其能力而納稅。

二 人民平等之論據及其批評 十七八世紀學者之承認人民平等，其根據不外兩層：第一，彼等以爲人是天然平等的，故法律亦當認其平等。一七八九年

註㈧ 例如民國十一年一月一日湖南省憲法第五條云；「人民在法律上一律平等，無男女，種族，宗教，階級之區別……。」 又十五年一月一日浙江省自治法第五條云：「省民在法律上，無種族，宗教，男女，階級之分，一律平等。」

人權宣言，宣示人民生而平等，蓋即此意。　他們宣言人民生而平等，亦非不知各人天稟之不齊；他們因認一切人民皆有若干種與生俱生之權利——即所謂人權——故認一切人民生而平等。　第二，他們以爲人民在無國家無法律之『原人狀態』中，彼此原皆平等，一如今日國際社會中國家與國家之狀態者然；及其由原人狀態進而組織國家，人民之平等，亦爲民約中人民相互承認的條件之一；以是國家不能不承認人民在法律上之平等。

這兩層論據之流於空疏，我們於評述契約說及人權說時，已經說過，今不贅論。今之言社會主義者，因重視個人間差異，遂指斥法律平等之說，其結果必與真實的公道相反。　他們以爲人民之間，天稟既屬不齊，環境亦復互異。　假使人民之間，無此等差異，則依據人民天然平等之事實而建設法律的平等，自屬公道；人民之間既有此等差異存在，則欲建設真正的公道，法律之保護亦當有所差別；換言之，凡須乎國家保護最甚者，如勞工婦女之類，國家之保護亦當特甚。　他們不獨以爲法律之

保護，應有差別，卽法律之懲罰，亦當隨着人民之天稟與環境而示差別，而不當對於觸犯同一犯罪行爲之人，概處同等之罰；是卽晚近刑法學者之所謂『處罰從人』主義。　由此看去，足見今人思想，與十八世紀人士之平等主義不相一致：　十八世紀人士之平等主義，在保護與懲罰之平等；近今社會主義者之平等主義，在保護與懲罰之不平等。　晚近傾向社會主義的憲法或法律，一面宣示平等主義，一面復對於勞工，婦女，兒童等弱者階級，設定諸種特殊保護，在理論上亦殊有其邏輯，不得以調利或矛盾目之。

第四目　人身自由

一　人身自由的意義　人身自由，可以說是個人諸種自由中之基本自由；因爲個人如果沒有這種自由，就沒有行使其他任何自由之可能。　這種自由，抽象言之，就是『居止行動』之自由，就是個人的人身自主權。　基於這種權利，人民的『居止行動』除了妨害他人自由，或違反人身自由之目的，便不受其他限制。　就

是人身自由應有之限制，亦應由立法機關以法律規定，而不能由行政或司法機關隨事隨人而任意決定。 所以吾國臨時約法第六條，有『人民之身體，非依法律不得逮捕，拘禁，審問處罰』之規定。 一般國家之憲法，對於人身自由，俱設有與此相同之規定。 法國一七八九年人權宣言第七款『一切人民，非依法律所規定之場合及手續，不受控訴，逮捕，或拘禁』之宣言，及其第八款無律文則無刑罰之宣言，就是一般憲法關於人身自由的規定之淵源。 分析起來，這種規定，當然的包含着次之幾個條件：

第一，任何人民，如未觸犯法律已經禁止之行爲，應不受任何刑罰。 換句話說，任何行爲，在其發生之前，如果未經法律明白認爲犯罪行爲，就不受國家機關之處罰。 這就是所謂非依法律不得處罰；這就是所謂『無律文則無刑罰。』 在專制國家，這個原則往往就被破壞；國家之處罰人民，往往就不以律有明文之行爲爲限。其在吾國，數千年來刑法上之『科比』制度，亦恰與此種原則相反；因在那種制度之

下司法者對於律無正條之事件，倘得比附規定相類事項之律文而科罪。 今則吾國新刑律㊈及一般國家之刑律，俱已否認這種『科比』制度。 有些國家並已將這個無律文則無刑罰之原則，特於憲法中以專條宣示之。㊉

第二，人民就令有觸犯法律之行為，亦必須由依法享有審問處罰權之機關，審問處罰。 凡對任何犯罪案件或犯罪人，於法定審問處罰機關以外，設立臨時或特別法庭，以行使審問處罰之權；也是侵犯人身自由的行為。 列國憲法對於此種法庭，亦往往特以明文禁止。⑪

第三，人民就令有觸犯法律之行為，亦必須由依法享有逮捕，拘禁，審問，處罰等權之機關，依法定之手續而逮捕，拘禁，審問，處罰。 關於這些機關與手續的問題，一

註㊈ 暫行刑律第一〇條云：『法律無正條者，不問何種行為，不為罪。』

註㊉ 例如一九一九年德國憲法第一一六條。

註⑪ 例如一九一九年德憲第一〇五條；一九二〇年伊卓尼亞(Esthonia)憲法第八條。

般國家大率完全以普通法律——刑事訴訟法——規定，憲法本文大率不設何種規定。 然依現代一般國家之法律，對於一般人民享有審問處罰權之機關，皆限於法院；即對於人民能下逮捕令或拘禁令之機關，除現行犯外，亦以法院爲限。⑫ 所以列國憲法中，亦有逕以非依司法機關之命令，不得逮捕或拘禁之原則，著於憲文者。⑬

註⑫ 民國十年刑事訴訟條例亦然（看第五二，五七，五八，七五等條。） 實際上該條例之所規定自然常被破壞；例如頒發通緝令之權，依該條例雖然只屬於檢察長或推事，實際上之行政機關自頒通緝令之事，屢見不鮮。 又依懲治盜匪法，則對於一般人民享有審問處罰權之機關，除了普通法院而外，亦尚有軍事機關。 這自然與現代一般自由國家之法制相背，大足危害人身自由。

註⑬ 例如一九二一年比國憲法第七條；一九二〇年伊卓尼亞憲法第八條。 民國十五年浙江省自治法第七條亦有「省民除現行犯外，非持有司法機關之逮捕證，不得逮捕」之規定。

上述三點，只是『人民之身體非依法律不得逮捕拘禁審問或處罰』這個原則所包涵之條件。　人身自由之目的既然在給予各人以發展其個性之優點，則賦有這種權利的人，自不能將他的這種自由完全割讓於他人；換句話說就是人身不得為買賣之目的物，——無論為强賣，和賣，或自賣，俱不在可以容許之列；因為這種割讓，根本的就要妨及個人知識，道德，或身體上的優性之發育，與國家承認個人自由之目的不相融洽。　所以法國大革命後『第三年憲法』（即一七九五年憲法）中之人權宣言，更設有『任何人民俱得為人工作，但其人身不得為人所賣或自賣；人身為不可割讓之財產，』之規定（該宣言第十五款）。

吾國買賣人口之風，相沿極久。　凡自賣其身為人奴婢或妻妾，夫賣其妻為人妻妾，私人出賣自己之奴婢，俱為歷來律例之所不禁；官廳亦往往以官奴婢作價發賣。　但歷來刑律對於販賣人口之營業，以及親屬賣其子女為奴婢等事，無論為和賣或略賣，卻亦設有禁止之條；不過律文類同虛設耳。　前清宣統二年，禁革買賣人

口條例頒布之後，買賣奴婢，妻妾，子孫之事，已一律遭受禁止。民國成立以後，暫行刑律復設有略誘和誘之條，凡以營利或非營利爲目的拐取婦女或幼年男子之行爲，便搆成略誘或和誘之罪。民國三年暫行刑律補充條例，亦設有强賣和賣之禁；凡對於『被扶助養育或保護之人而强賣或和賣者以及豫謀，收受或藏匿』此項被强賣或和賣人者，將與犯和誘或略誘等罪者同罪。晚近各省省憲或草案，並有以『無論何人不得以人身爲買賣抵押或租借之目的物』等規定，宣示於憲文者。惟積習既深，剷除不易，在社會教育事業與勞工立法未具相當之規模以前，刑律或憲文之禁止，自不能遽收重大之效果。

二　人身自由的保障　有些國家，不僅於憲法上宣示人民之身體非依法律不受逮捕，拘禁，審問，或處罰；並且對於這種自由設爲有效之保障。美國聯邦憲法以明文承認出庭狀(Writ of Habeas Corpus)制度，即最著之一例；因爲出庭狀制就是對於遭受非法逮捕拘禁的人所設立的一種有效的救濟手段。

出庭狀制，雖始於英國。 此制在英國，有甚長之歷史，一二一五年英國大憲章，即已承認此制；——說者並謂斯制之產生在大憲章以前——故其勢力亦極固厚。按照此制，人民如被任何人監禁，其本人或任何他人，俱得向高等法庭（The High Court of Justice），請求頒給一種命令，命令監禁者將被監禁之人移交法庭，審查其監禁之理由；這種命令就叫做出庭狀。 移交法庭之後，如法庭認為無正當之監禁理由，則被監禁之人，自可立時恢復其自由；否則亦可使法庭按照法定手續進行審判。 此種請求，為人民之一種權利；但使請求者能約略曉示任何監禁含有違法之形迹，法庭便不能不承諾之。⑬ 美國憲法對於此制，特以明文承認，並聲明除在戰爭或內亂時期，不得停止。

晚近憲法，有不完全採取出庭狀，而僅空洞的規定應給被拘禁的人以提出抗辯之機會者；一九一九年德憲關於人身自由便如此規定。 該憲第一一四條云：

註⑬ Dicey, Law of the Constitution （倫敦一九一五版）第209—212頁。

『人身自由不受侵犯。 公共機關非依法律不得限制或剝奪人民之人身自由。對於被拘禁之人，至遲當於拘禁之次日，將剝奪自由之理由及下剝奪命令之機關通知之，並立卽予以提出抗辯之機會。』 但是拘禁機關如果蔑視這些規定，被拘禁之人，究又有何方法可以知道他被拘禁的理由，與下令拘禁的機關呢？ 究又向誰提出抗辯呢？ 所以這種規定，如果不輔以出庭狀制，是不能發生充分效果的。

吾國臨時約法，除了宣示『人民之身體不得逮捕，拘禁，審問，處罰』而外，對於救濟非法逮捕監禁之事實，未設何等救濟。 民國十二年中華民國憲法已設有關於出庭狀——該憲謂之保護狀——之規定。 該憲第六條云：『中華民國人民，非依法律不受逮捕，監禁，審問，或處罰。 人民被羈押時，得依法律以保護狀請求法院提至法庭審查其理由。』 這便是採納出庭狀制。 惟『以保護狀請求法院提至法庭審查其理由』云云，文義殊屬不通，因為出庭狀制，在令人民得向法院請求出庭狀，並非以斯狀向法院提出何等請求。 當時造憲諸人之草率或愚昧，可見一

班。各省省憲則尚有兼採前述德憲之規定與英憲出庭狀制者。㉟民國十六年二月北京政府鑒於軍人屢屢違法逮捕普通人民，並曾根據十二年中華民國憲法，頒布一種保護狀條例；然亦徒成具文，無裨實際。

第五目　居住及遷徙自由

一　居住自由　所謂居住自由卽人民居住不受侵犯之謂。詳言之，卽人民居住，非得本人同意，無論何人，不能侵入；卽國家官吏亦非依法律所定之場合與手續，不能侵入或搜索。臨時約法及民國十二年中華民國憲法所承認之居住自由，俱不外此義。此種自由也可說是人身自由——卽居止行動之自由——當然含有之條件。

註㉟　例如民國十年湖南省憲法第六條第三項卽設有次之規定：「除現役軍人外，凡人身自由被剝奪時，施行剝奪令之機關，至遲須於二十四小時以內以剝奪之理由通知本人，令其得有卽時申辯之機會。被剝奪人或他人皆得向法庭請求出庭狀，法庭不得拒絕之。」

居住自由權，法美革命時代之憲法，率有明文規定，而以法國大革命後『第八年憲法』(La Constitution de L' An VIII)之規定爲最詳密：該憲對於侵入人民住宅之行爲，分爲日間侵入與夜間侵入兩種。夜間除遇有室內呼助或不可抗力等場合外，雖官吏之持有法庭命令者，亦不能侵入；日間則官吏可以侵入，但在原則上亦必須握有一種國家機關之正當命令。凡斯規定，至今垂爲法國法律對於人民居住自由之保障。在現代許多國家法律之下，人民之居住自由，除因室內呼助，不可抗力（如水警火警之類）與現行犯發生室內等事，得由警察官吏逕自侵入外，官吏之强迫侵入人民住宅，概須預經法庭之決定，概須握有法庭之搜索命令，以是侵入人民住宅而行搜索，在原則上只是一種司法處分，而不屬於行政處分之範圍。有些國家甚至以此種原則列入憲文。(五)

居住自由，吾國舊律亦極重視：漢賊律已有無故入人室宅廬舍，格殺無罪之

註(五)　例如一九二一年波蘭憲法第一百條及一九二一年猶戈斯拉非亞憲法第十一條。

條。自唐迄清，刑律之規定亦率如是。例如唐律云：『諸夜無故入人家內者笞四十，主人登時殺死者無論；若知非侵犯而殺傷者，減鬥殺傷二等；其已就拘執而殺傷者，各以鬥殺傷論；至死者加役流。』暫行刑律亦設有侵犯居住自由之禁（第二百二十條，）特不似舊律之苛刻逾度耳。

晚近以來，國人鑒於軍隊之橫行，各省省憲或草案，於規定居住自由之條文內，往往對於軍隊不徵住居者之同意或依法定手續而佔用人民住宅之行為，明示禁止。㊂ 此則十七世紀時英人之權利請願書(Petition of Rights)已設有同樣之規定。嚴格的講，此種強制佔用民居行為，屬於公用徵收問題之範圍；所侵犯者不是居住自由，而是財產自由。

註㊂ 民國十年湘憲第八條云：『人民有保護其居宅之權，人民居宅，不得駐屯軍隊；但戰時依合法之程序得駐屯之。』 十五年浙江省自治法第九條亦有『省民有住居不可侵權。 省民住宅，無論平時戰時，非經所有或住居人承諾或依合法程序，不得使用之』之規定。

二　遷徙自由　列國憲法於承認居住自由而外，尚有承認遷徙自由者。臨時約法亦然。　民國十二年中華民國憲法亦承認人民有選擇居住之自由（第九條。）　遷徙自由，就是選擇居住之自由。　遷徙自由本是人民的人身自由之一部分，因人身自由，抽象言之，不外是『居止行動』的自由。　以故人民的遷徙自由，即令不經憲文特別規定，亦初不因是而可消滅。　歐洲諸國，在農奴制度存在之時代，人民誠無由甲地遷居乙地之自由；今則列國法律除對於罪犯或外僑往往施以居住之限制而外，對於一般人民之遷徙自由已不復設有限制；不獨在國內可由甲地遷於乙地，即出國之自由，在原則上亦爲法律或憲文所承認。

一般聯邦國之憲法，對於人民之遷徙自由，往往設有剴切詳盡之規定：　凡屬聯邦國人民，在聯邦國境以內，由此邦遷於彼邦，依聯邦憲法之規定，各邦政府往往便無限制或禁止之權；且人民之由此邦徙居彼邦者其政治權及其他權利，依聯邦憲法，亦往往不得由各邦加以限制。　蓋在聯邦組織之下，中央憲法如果對於此類

事項漫無規定，事實上各邦法律，對於本邦及他邦之人民，便或不免有所歧視，且聯邦國家之各邦，在憲法所給予該邦之事權以內，原不受中央政府之干涉；倘此種歧視未經憲法明白禁止，中央政府勢必無法制止。

吾國歷來的法律或習慣，對於甲地人民之取得乙地籍貫，雖或設有條件（如居住年期之類，）而人民之徙移，倘在國境以內，則無論爲耕作，或經商，或營他種職業，俱不在法律或習慣禁止之列。但明清等朝刑律俱著有『私出外境及違禁下海』之條（卽所謂『海禁』之律，）凡人民之希圖出國謀生者，在律俱爲犯罪，以是人民之出國自由，在法律上可以說是全不存在。雖則此項律文於道咸以後，卽已全成具文，而此項律文之正式廢止，則延至前淸末年修改大清律例之時，始行宣告。自此而後，出國自由之限制雖除，而外人排華之風習又盛；以是國人仍不獲享有完全的的國際遷徙自由。

第六目 工作自由

一　工作自由的意義　工作自由，臨時約法謂之營業自由；因爲這種自由的意義，就是承認人民得以自由經營任何職業之謂。所以民國十二年中華民國憲法，遂稱爲『選擇職業之自由』。法蘭西一七八九年人權宣言，初未明白承認此種自由；其所以然，或因當時人士認工作自由只是人身自由的一種必然結果，而無特別宣示之必要。但法國一七九三年憲法中之人權宣言第十七條，卻有『無論何種勞工，教育，或商業，不得禁止人民操作』之規定；這便是承認人民的工作自由。

二　工作自由的範圍　個人如果不能隨其性之所尙，選擇這一種或那一種職業，個人智識，道德，或身體上之優性，自不免缺乏盡量發育之機會。所以工作自由之必須承認，無煩申論。茲僅就工作自由與次列幾種問題之關係，以論列工作自由之範圍。

第一，工作自由與奴工制度。國家既承認人民之工作自由，則其第一種結果，自須禁止任何形式之奴工制度。奴工云者，卽指其身體與工作，於無定期限內，完

全受他人支配之人而言。 此種奴工之存在，如出於他人之強迫，固與工作自由之原則不能相容，即令為奴工者自願為奴，亦應為法律所不許。 就是極端傾向個人主義之斯賓塞爾，也說：『自由的原則決不是說各人應有不自由之自由。 割讓自由之自由，不是自由。』㊅ 蓋工作自由之目的在使個人智識，道德，身體上之優性得以發育，奴工之制，適足使個人之智識道德身體，無自由發展之機會故也。 以故十八世紀政治學者，如洛克盧梭孟德斯鳩諸人，無不痛詆奴工制度，而力主廢止。雖則法國對於殖民地奴隸營業之禁，時弛時張，而奴工制度之不容存在，在法蘭西第一次大革命時期，即已為法蘭西人士所承認；其『第三年憲法』宣言人身不得為買賣之目的物，就是對於奴工制度，予以否認。 法國一八四八年之憲法，並明白規定一切奴工制俱不能存在於法國領土以內。 美國憲法，經過黑奴戰爭而後，亦設有明文否認奴工制度。 嗣是奴工制度，不獨為列國輿論所反抗，並已為一般國

註㊅ Spencer, Justice, 第七十節。

家之法律所不容。

吾國往往以夙無階級制度見稱；但是吾國奴婢制度之普遍，殘酷，與久遠，實在令我們不能以此自承。

就其普遍的程度而言，吾國奴婢制度不獨是存於全國各地的一種制度，奴婢數量亦復往往甚鉅。吾國奴婢供給之淵源，歷來甚衆；有出自罪犯者（大都爲『緣坐』犯，卽罪人妻子或其他親屬）；有出自俘虜者；有出自買賣者；有出自『家生』者（卽奴婢之子息）；有出自自願『投靠』者。歷來奴婢之數雖無統計可考，然數額之鉅，亦有可以概見者。漢元帝時貢禹上疏言『官奴婢十餘萬，遊戲無事，稅良民以給之，宜免爲庶人。』卽此亦可概見漢代官奴婢（大半卽罪犯）之衆。漢哀帝卽位，因當時王侯官吏及豪富人民，蓄奴婢過多，乃命有司議限制；然卽依當時有司所議之限制，諸侯王仍得設置奴婢二百人；列侯公主百人；關內侯，吏二千石，及豪富民，三十人。卽此亦可略見當時私人置養奴婢之衆。元魏遼金蒙古入主

中國之時，漢人之被俘為奴婢者，數亦極鉅。元清等朝，奴之子孫當然隸於奴籍，『家生』奴婢階級自亦甚衆。買賣人口，除特種場合外，雖為歷來刑律所禁，實際上買賣奴婢之事，固為奴婢供給之主要淵源，而於天災流行，饑饉荐臻之時為尤甚。

就其殘酷的程度而言，吾國歷來法律，大體上亦如羅馬法，擬奴婢於貲財，奴婢的人格，在法律上受有極大的限制。為奴婢者，不獨可由主人售賣，他們的公權如應試出仕權之類，固然被剝奪；他們的其他權利，亦在在被剝奪或被減削；例如他們的婚姻權便受『良賤不能為婚』的律條之限制；他們的訴訟權，便受『干名犯義』的律條（卽奴僕控告主人，無論屬實與否，俱須受刑之律）之限制；他們的犯罪較諸普通人民須受較酷之刑罰等等皆是。

就其流傳的久遠而言，吾國奴婢制度，則自有史以至前清宣統二年禁革買賣人口條例之出現，在法律上從未消滅，實際上則至今猶存。說者以為吾國奴婢制度之起源，在於懲罰罪犯；此說雖未容深信，而以罪犯為奴婢，固確為吾國行之甚早

與行之極久的一種制度。 尙書云『予則孥戮女，』論語云『箕子爲之奴，』說者訓孥爲奴，孥云戮云，蓋俱含刑罰之義。 如果我們承認周禮所記爲周代之法制則以罪犯爲奴婢，秋官亦有『男子入於罪隸，女子入於舂槀，凡有爵者與七十者，未齔者，皆不爲奴』之文。 漢代以降，歷朝刑律，尤有收沒『緣坐』男女爲奴婢之條。前清末年修改大清律例，乃除『緣坐』之法；因是，數千年來收沒『緣坐』男女爲奴婢之律，乃被删削。 前清宣統二年頒布禁革買賣人口條例，於是奴婢買賣以及奴婢名目乃獲完全禁止；歷來法律對於奴婢身分所設定之種種限制亦遂一一消滅。 然該條例雖已廢止奴婢制度，卻又規定一種長期雇傭制，以爲之代替： 該條例云：『凡貧民子女不能存活者，准其議定年限，立據作爲雇工，先受雇値多少，彼此面訂。 雇定之時，不問男女長幼總以扣至本人二十五歲爲限，祇准減少，不准加多，如雇時十歲不得過十五年，九歲不得過十六年之類；願減少者聽。 限滿聽歸本家。…………倘雇限以內，主家有虐待情事，准本家繳還未滿工値領回。』 在此種

長期雇傭制之下，被僱男女之喪失工作自由，既與往昔之奴婢相似，則其受雇主之壓迫，亦必與奴婢相若；雖說雇限以內，主家如有虐待情事，本家得繳未滿工值而領回，然此項條件實際上亦不見得能發生若何效益，因為繳值領回與，向官廳證明虐待，俱非貧民力所優為之事。 所以這種長期雇傭制，實際上只是一種變相奴婢制。

廢止奴婢制度之時，自然不能不顧及奴婢產生之主要原因——貧民子女不能存活——然兼籌並顧，應該是一面完全廢止奴婢制度，一面實施救貧政策，決不能縮減奴婢制度廢止之程度，以為救貧政策之代替。㊅

第二，工作自由與契約自由 人民有締結契約之自由，這是現代一切文明國

註㊅ 關於以上所述，可參看拙著中國奴婢制度（民國十四年北京大學出版部出版，並見北京大學社會科學季刊第三卷第三號）；及梁啓超中國奴隸制度（見民國十五年二月清華學校清華學報第二卷第二期）。 關於前清禁革買賣人口條例，看宣統新法令（商務印書館出版）第十二册及第十八册。

家所公認的;因為沒有契約自由,人民就不能享有工作自由——即選擇一切職業之自由。所以契約自由也可說是工作自由的一種必然結果。可是契約自由,也不是一種絕對的自由;契約自由也和他種自由一樣,應以不妨害全體自由與不違反個人自由之目的為其制限;否則契約自由之結果,必不免破壞工作自由之目的。所以契約自由決不是說人民可以締結任何契約。十八世紀人士,把契約上的義務看得很神聖;所以美國憲法第一章第十款,設有各邦不得制定『損害契約義務的法律』之規定。當時人士尚不只神聖契約上的義務,他們似乎還以為工作契約的條款,概可由契約當事者自行決定,不容國家法律,設定限制。誠然奴工契約,他們亦認國家必須禁止;可是除此而外,國家就要容許人民自行決定工作的條件。所以契約自由也可說是十八世紀人士所認定的一種個人自由;不過契約自由這個名詞,未及納諸當時的人權宣言或憲法罷了。近數十年來,一般人士,目擊產業革命後勞工的苦況,乃羣認契約自由,必須賦有較大之限制。可是最初大家

還不過以爲國家的干涉，只能及於婦女與兒童的工作契約；對於成年男子的工作契約，國家仍不應干涉其內容。 今則此種理論亦已爲一般所唾棄。 蓋一切勞工，事實上俱與雇主不立於平等地位： 勞工是無產階級，除了憑藉他人的資產不能工作；不能工作，卽不能生活。 在這種狀況之下，勞工之於雇主，實際上自無相等的抗持能力。 以是，勞工與雇主訂立工作契約時候，往往不能不承諾雇主的許多苛刻條件，而使他們身體，知識，或道德上之發展，遭受重大的損害。 晚近一般國家之法律，對於諸種工作契約，設爲工作時間，最小傭金等等限制，對於特種工作，甚或完全禁止童工或女工加入，就是基於這個原因。 這些限制不獨爲工作自由的原則所容許，並且爲工作自由之原則所要求；因爲自由的原則，決不容任何人行使他的自由以損害他自己。 這不僅是晚近社會主義者所抱之見解；就是十九世紀之個人主義者如彌勒(Mill)諸人亦有相似之主張。⑳ 一九一九年德國憲法經濟生

註⑳ J. S. Mill, Liberty 第五章。

活章，於宣示工作自由與契約自由之先，特鄭重的冠以『經濟生活的組織，當適合正義之原則，並使各人得營人類相當的生活；在此限界以內，個人應得享有經濟自由』之規定，亦卽此義；該憲對於特種契約，如重利借貸契約 (Usury) 之類，特示禁止，其義亦同。㊂

第三，工作自由與職業團體　歐洲諸國，自中世紀以降，從事於工商業及其他職業的人，在各城市大都各有一種基爾特(Guild, Corporation de Metiers)，以維護同業之利益，與吾國各地之行會性質相似；凡欲加入一種職業之人，事實上並且非加入該業之基爾特不可。以是人民工作自由，實受基爾特之限制。法蘭西第一次大革命發生之後，因卽勵行禁止一切職業團體；十九世紀前半期，歐洲諸國之勞

註㊂　民國十二年北京國會之憲法起草委員會所提出生計章草案，亦模仿德憲而有『國民生計以適合正義使各得相當之生活爲原則，個人之生計自由，在此範圍應受保障』及『重利借貸及不動產使用重租禁止之』等規定。

工組織遭受完全的或部分的禁止，基爾特制度之陳迹，未始非一重大原因。唯在理論上講，職業團體，如有禁止該團體以外之人，從事該團體中人所操作的職業之行爲，雖應爲法律所不許，國家卻不應因此而遂禁止任何職業團體之存立。國家之法律，當一面承認從事各種職業者，爲謀同業之利益，得以組織職業團體，如今之所謂工會(Syndicat, Trade Unions)之類；一面當承認人民之從事某某職業者，有加入職業團體及不加入職業團體之自由。工作自由的原則之所要求，只是如此；一般國家晚近法律之所規定，亦大率如此。但爲保持勞工對於資本者之對抗能力起見，列國法律，近亦間有强制勞工加入工會者。

第四，**工作自由與特種職業之取締**　依據工作自由之原則，人民雖有選擇各種職業之自由，然國家對於特種事業倘因其關係公共之安全與秩序甚鉅，或因其關係人民之衞生或其他利益甚鉅，而對於該種事業，限定須有特殊資格者始准加入，甚或禁止私人經營該項事業，而只許國家經營，卻不得認爲違反工作自由之原

則　如酒業，醫士業，產婆業，教師業，律師業之類，因與一般人民之衛生或其他利益有重大之關係，文明國家之法律，固大都設有資格，以限制人民之經營；又如軍械製造業，因其關係全體之治安與秩序甚鉅，許多國家，尤有嚴重之取締，甚或完全禁止私人經營。凡斯限制，都可以說是爲保護人民全體自由之所必需，與工作自由之根本精神初無扞格。

第七目　財產自由

一　財產自由的意義　晚近人士對於財產自由之觀念，與十八世紀法美大革命時代人士對於財產自由之觀念，顯然相異。十八世紀時代之人士大率認財產自由爲財產所有者之一種人權；今之解釋財產自由者，卻認財產自由爲財產所有者之一種社會職務(Social function)。然則此二說之差別果若何？

第一，財產自由爲人權說　法蘭西大革命時代之人士，認財產自由，與人民之人身，居住，工作，言論，信教等等自由同爲人權　當時人士之所謂人權，如前所述，就

是他們所認為一切人類與生俱生的權利，就是他們所認為構成人格之要素。 然私人之財產自由何以得與私人之身體，居住，工作，言論，信教等等自由，同視為一種人權，殊令人索解不易；卽在當時一般人士之腦經中，亦不見得有十分明瞭之理解。卽如當時最負聲譽之政論家史雪 (Sieyès) 氏，對於財產自由之為人權，雖亦力為解說，然史氏之意，亦無非以為人身自由實包含着工作自由，而工作自由又實連帶的產生財產自由——卽普通所謂財產所有權。 然工作自由，何以能連帶的產生財產自由，史氏之說，卻亦牽强穿鑿，而無申述之必要。㉓ 按諸實際，當時一般人士之真實目的，原只在維持當時有產階級之既得權利，其認財產自由為人權，亦只在對於彼等既得權利，求一最强大的保障而已。 必欲求得彼等理論上之邏輯，匪惟不必，亦不可能。 不然者，彼等固俱承認人民平等的原則之人，彼等固俱承認人權之為物，為一切人類所享有之權利；財產自由既亦認為人權之一，則其邏輯的結果，

註㉓ 史氏之說，見 Esmein, Droit Constitutionnel (巴黎一九二一年版) 下卷第 536 頁。

殆非承認均產不可。實際上當時一般人士之思想，初未嘗有如斯之邏輯。㊂

當時革命諸人，因尊財產自由爲人權，所以財產自由之爲物，在當時人士的見解中，差不多是一種完全沒有限制的權利。財產自由具有如斯之無限性，皆顯然見於當時之迭次人權宣言中：一七八九年人權宣言第十七款『財產爲神聖不可侵犯之權利……』的宣示，以及一七九三年憲法中的人權宣言第十六條『財產爲一切人民得自由處分其財富，其收益，其工作與職業之所入之權利』的宣示，俱係剴切承認此種無限制性之條文。

第二，財產自由爲社會職務說　今之解釋財產自由者，以爲此種自由，並不是

註㊂　法蘭西大革命時代人士，不認財產自由爲人權，而認財產權純出於法律之創造者，誠亦有人；如梅拉渡（Mirabeau）羅伯士比（Roberspière）諸人之言論便曾如此（Duguit, Traité, 卷三第6—16頁）；但在法國大革命全期間倡均產說者，則惟瑪伯麥（Mably）及巴勃夫（Babeuf）等一二人而已。

所有者之一種人權，只基於所有者之一種社會職務。 因爲財產所有者，負有此種社會職務其履行此種職務，便應有相當之保護；換言之，卽處分其財產之相當的自由。 此種保護，乃構成法律上之所謂財產自由，或謂爲財產所有權。 然則法律對於所有者何以認其有此社會職務？ 法律之承認所有者有此職務，無非以私產之存在，在現時狀況之下，尙爲『社會利益』所要求： 換言之，法律之承認私產，只因社會財富之增加，與社會需要之滿足，現時尙不能不假借私產制度。 由是以觀，可見『社會利益』的要求，直接的爲所有者社會職務存在之根據；間接的爲所有者財產自由的根據。 財產自由既以社會利益與社會職務爲根據，則因社會演化之結果，而社會利益所要求於私人之執行此種職務者縮減，甚或無所求於私人之執行此種職務，法律亦自可縮減財產自由之範圍，甚或使一切私產消滅。 以是財產自由，在原則上便不是所有人的一種含有絕對性或不受限制的權利，而只是所有人的一種有條件的與可限制的權利；亦可說是所有人的一種有條件的與可限制

的社會職務。(三四)

社會職務說，不獨在理論上較人權說爲完滿；卽就事實言，列國晚近法律關於財產權之規定，亦實傾向社會職務說；其限制財產自由之條文，倘非採用社會職務說以解釋之亦實不能得一完滿之解釋。茲賡續說明財產自由，在社會職務說之下，應有如何之限制，並說明列國晚近憲法或法律，如何承認這些限制。

二　財產自由的範圍　我們如果承認財產自由基於所有者之一種社會職務——卽增加社會財富與滿足社會需要的職務，簡言之，卽增進社會利益的一種職務——則財產自由之範圍，自應有次列幾種限制：

註(三四)　狄驥卽爲主張社會職務說最力之一人，看 Duguit，前書卷三第 617—618 頁。關於學者間討論財產權性質之諸種學說，可看 Rational Basis of Legal Insiitutions (Modern Legal Philosophy Series)（紐約，一九二三年版）論財產權諸章——最要者爲第十五，十六，十七，十八等章。

第一，財產自由根本上既係以社會利益爲根據，根本上既基於所有者之社會職務，則所有者便應有履行其職務之義務；換言之，卽運用其財產之義務。依着財產自由的舊觀念——卽財產自由爲人權，爲無限制的權利之觀念，——則所有人將其財富放棄不理，殆非法律之所能干涉。換句話說，就是財產所有人有運用與不運用其財產之義務。若認財產自由爲一種社會職務，則所有者自不能有如是之自由；享有土地者，便應有運用其土地之義務；享有他種財產者，亦應有運用他種財產之義務。此項義務，歐戰以來，列國中至有以憲文規定者：一九一九年德國新憲法第一五三條規定有云：『財產負有義務；』又其第一五五條規定有云：『土地之種植與使用應爲所有人對於社會之義務。』這便是剴切承認所有人有運用其財產之義務。

第二，財產自由根本上既係以社會利益爲根據，根本上既基於所有者之社會職務，則所有人行使其財產自由時，自亦應同時有助於公益。所謂有助於公益，其

意義雖甚廣泛，然有助於公益云云，至少含有兩個條件：卽所有人行使其財產自由時，（甲）決不能爲無益於己而有損於其鄰封之行爲，（乙）亦不能抵抗任何有利於鄰封而無損於己之行爲。此類行爲，如依據財產自由的舊觀念，亦或非法律之所能禁；然衡以社會職務說，固爲法律所不能容；以其俱爲單純的違反社會利益之行爲故也。列國晚近民法典，頗有明白禁止此類行爲者；㊂ 一九一九年德國憲法第一五三條，亦有『所有人使用其財產應同時有助於公益』之規定。

第三，財產自由根本上既係以社會利益爲根據，根本上既基於所有者之社會職務，則因社會全體利益之要求，國家機關自得以給付代價之法，強制收用私產。

註㊂　例如德國一九〇〇年民法第二二六條『凡權利之行使，僅以損害他人爲目的者，爲非法』之規定，卽係禁止財產所有人爲無益於己而有損於其鄰封之行爲；又如前清民法草案第九九一條『土地所有權，於法令之限制內及於地上地下；若他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之』之規定，卽係明認所有人不能抵抗有利於鄰封而無損於己之行爲。

私產的强制收用之原則，卽法國大革命時代之人士，已不能不有所承認：一七八九年人權宣言便云：『財產爲神聖不可侵犯之權利，除顯然因公共的必要國家得以公道的與預付的賠償金收用外，不得强令割讓。』 此卽明示私產之得由國家强制收用；惟强制收用必須以（一）公共的必要，與（二）預先給付公道的賠償金爲條件耳。 晚近列國法律，不獨承認强制收用之原則，抑且逐漸擴充强制收用之範圍；而一九一九年德國憲法之所規定爲尤甚（看該憲第一五五條。） 惟是强制收用之範圍，無論如何擴充，國家之收用，究不能不給所有人以賠償金，蓋法律旣尙承認私產，便應給私產以相當之保護；如私產所有人原無過失，而僅因社會全體公益之要求，以致私產被國家無償的强制收用，則是國家蒙其利而獨令當事之私人蒙其害，究屬有背於公道。 以是，列國憲法或法律關於强制收用之規定，亦莫不承認國家負有賠償之義務；德國憲法亦復如是，特德憲尙承認國家法律得特設不給代價之例外耳（該憲第一五三條。）

第四，財產自由，根本上既係以社會利益爲根據，既基於所有者之一種社會職務，則財產價值之增加，如不出於本人之努力於其職務，其增加之價值便不應爲所有者所享有而應歸諸國家。　私人財產價值之增加，有時係出於財產所有者之經營，有時實不基於所有者本人之經營，而純以國家警察衛生及企業上之設施爲其原因，如因衛生行政與警察行政之進步，而城市之房屋增其價值，因鐵路電路之設施而沿路之地畝增其價值之類，皆是。　此項增值，在財產自由的舊觀念中，自然不發生什麼問題，因爲財產自由既認爲所有者之一種人權，而非基於所有者之一種職務，則其財產價值之增加，與所有者之盡力與否，殆不生若何關係。　若認財產自由係基於所有者之社會職務，則此種增值既不由於所有者之努力於其職務，亦自不應歸諸所有人享有。　以是，歐戰以前，英德等國，卽已對於此種增值，徵收一種特別稅，名爲『自然增價』(unearned increment)稅。　今則德國憲法，且於憲法本文之內，設爲『地畝價值，如不因運用勞力或資本而增加，則其增值，應歸國有』之規定

矣。

以上幾種條件，在邏輯上似都爲社會職務說之必然結果，而求諸實際，列國晚近法律之容納此種條件，亦復如上所述。 故社會職務說，亦實漸爲列國晚近法律中關於財產自由的規定之基本觀念。 吾國臨時約法對於財產自由問題，僅於該法第六條宣示人民保有財產之自由，而未設定財產自由之範圍；雖該條之宣示，尚須受該法第十五條之支配，凡因『增進公益，維持治安，或非常緊急必要』法律得對於財產自由（及其他自由）加以限制，然此種限制之條文，究嫌空闊。 民國十二年中華民國憲法第十三條『中華民國人民之財產所有權，不受侵犯；但公益上必要之處分，依法律之所定』之規定，亦尙如是。 該憲成立以前，憲法起草委員會曾續行提出生計章草案，就中模擬德憲之規定者頗多；㊅然生計章草案始終僅成草案，未被大會採入該憲。

註㊅ 例如該草案第二條關於土地增價稅，遺產稅等問題之規定。

第八目　信教自由

信教自由問題，在吾國雖不甚重要，然在歐洲一般國家，都成重大問題。有許多國家，至不能不於其憲法條文之中，對於這個問題，爲極冗長的規定；如瑞士憲法及一九一九年德國憲法卽最顯之例。

一　**信教自由的意義**　歐洲人士之自由思想，大半是因十五六七世紀宗教壓迫而發展的；因宗教壓迫而民權之說日張。信教自由當然爲十八世紀法美革命時代人士所重視。然則所謂信教自由者，其義究竟何若？一切的宗教，都可說是含有兩個元素：一爲該教之信條，一爲該教之儀節。以是承認人民有信教之自由，實須承認人民有兩項自由；換言之，信教自由實含着兩種自由。其一爲信仰自由。Freedom of Conscience，卽人民有信仰任何宗教與不信仰任何宗教之自由。所謂信仰，卽指對於宗教的信條而言。其二爲禮拜自由 Freedom of Worship；所謂禮拜自由，一方面卽任何信教人民有履行其本教儀節之自由，一方面卽國家

不得強迫任何人民，履行任何宗教的儀節。故所謂禮拜自由，卽指宗教的儀節而言。

二 信教自由的範圍

信仰自由，與工作自由，財產自由有別：我們承認個人有工作自由，只是承認個人有選擇一切工作之自由，不一定是承認個人有工作與不工作之自由；我們承認個人有財產自由，只是說個人可以自由使用其財產，不是說個人有運用與不運用其財產之自由。晚近傾向社會主義的憲法，承認那些自由只是一些相對的權利，法律對於享有那些權利的人，還可設定使用那些權利的義務——工作義務與運用財產的義務。在現代一般國家，信仰自由卻可以說是一種絕對的權利；因爲國家不但不能强制人民信奉某某特殊宗教，並且不能强制人民信教。所以我說信仰自由，是信仰與不信仰之自由。不但如此。爲澈底實現此項自由目的起見，國家不獨不當强制人民信教，並且不能採取任何方法，鼓勵人民信奉某某特殊宗教，或鼓勵人民作教徒。換句話說，國家對於信仰自由國

題，應該完全採取**超然中立**態度，而不當採取任何形式的干涉主義。信仰自由，本是個人精神間事；個人之信仰或不信仰，既非他人之所得而知，實際上亦自非法律之所得而制裁。以是法律的干涉，實際上亦只能及於個人對於宗教問題之表示。這種表示，不外是言詞的討論，與宗教儀節之履行或不履行。前者屬於意見自由問題；後者屬於禮拜自由問題。意見自由之範圍，姑俟次目論列。禮拜自由可以說應有兩種限制：一則禮拜之儀節須不妨害公共之安寧；一則禮拜之儀節，須不妨害善良之風紀。在不妨害公安及善良風紀之範圍內，國家對於任何宗教之儀節，亦不當有所干涉。

現在我們根據以上所述，來討論與信教自由有關係的幾個問題：

第一，**信教自由與參政權及其他權利**。在耶教及回教的國家，其現行法律或其過去之法律，對於信奉異教之人民，往往有剝奪其參政權，或其他權利之事；即如猶太教人之在英國，亦遲至一八六〇年，始取得議會選舉權。這種規定，不獨違反

信教自由之原則，抑且顯與人民平等原則不相融洽。以故現代諸國憲法，多以明文聲明人民之權利，不因其宗教信仰而有差別。

第二，信教自由與宗教經費　現時歐洲許多國家，尚有對於特種宗教，或對於諸種宗教，由國家助以經費者；然既承認信教自由之原則，則其邏輯的結果，國家對於各種宗教之待遇，殆非採取平等的與超然的態度不可。果爾，則國家以國帑津貼特種宗教，固失平等超然之義，即令國家以國帑而津貼一切宗教，亦與平等超然之義有違；蓋國帑原爲全國人民之輸將；而全國人民初不盡皆信教之人；國家倘以國帑津貼宗教，便不啻强不信教之人，負擔宗教經費，便不啻鼓勵人民之信教，其不平等與不超然如故。

第三，信教自由與教育　歐洲在中世紀時期內，教育事宜，幾完全操諸教會之手；嗣後教育事宜雖逐漸脫離教會，然許多學校之中，尚有强迫受學之人民，肄習特種宗教的教經之事。晚近以來，許多國家，經過重大的紛爭，始獲於法律或憲法中，

禁止任何學校強迫人民肄習特種教經，甚或禁止國立義務教育學校設立任何宗教的科目（法國現行法便如此規定）蓋國家既承認信教自由，便須對於宗教問題採取超然態度；既須採取超然態度，自不能強迫人民受何等宗教教育，亦不能容認任何學校強迫人民受宗教教育。 今之對於宗教問題抱急進主義者，不僅認國立義務教育學校應廢止一切宗教教育；並主張禁止私立義務教育學校設立此項科目，以免兒童的心靈，於判斷力尙未發育以前，爲任何宗教信條所壟斷。 一九一八年蘇俄憲法第十三條，一面承認宗教宣傳與反宗教宣傳爲人民之自由，一面卻規定教會必須與國家及學校分離，亦不外乎此義。

第四，信教自由與國教問題 由上所述，則任何形式之國教制，俱不能與信教自由之原則相融洽，殆甚顯然，且僅僅否認國教制，亦未必遽能完全貫徹信教自由之原則。 何則？

所謂國教制，大別之要不外兩種： 或則承認一種特別宗教爲國教，而強迫一

切人民信奉其教經履行其儀節；舉凡不信奉該教者，便失卻法律上之權利與保護；古代之猶太教與近代之回教諸國，便係如此。　或則一面承認人民有信奉任何宗教之自由，一面復承認某教爲國教；國家對於國教之教會，則予以特殊之優待，且令該教與國家之關係，特別親密；英格蘭現行之國教制，便係如此：　英制以 Protestantism 爲國教，該教教會之官吏，既由國家任用，其經費之收入，亦取諸一種附加之地稅，名爲 tithe。(十三)　此兩種國教制，第一種固然違反信教自由的原則，卽英格蘭之國教制，亦復如是，以國家對於宗教事宜，尙未採取平等的超然的態度故也。

所謂非國教制，自亦不只一種形式，茲舉法比兩國以爲例。　法國在一九〇五年以前，雖不承認特種宗教爲國教；然對於數種宗教國家尙予以津貼，其官吏亦由國家任用；自一九〇五年通過一種法律，決定政教分離而後，國家始拒絕津貼任何

註(十三)　關於英國國教與國家之關係，參看 Lowell, The Government of England（紐約一九一二年版）下卷第五一，五二兩章。

宗教，且不參與任何教會的官吏之任用，所謂平等超然的政策，至是始完全貫徹。(三六)比國今亦無所謂國教：國家對於各種宗教的官吏之任用，亦不參與，然國家對於數種宗教，尚由國庫撥予津貼；對於諸教所撥予之津貼亦無差等。(三七)以國帑津貼宗教，畢竟有強迫不信教之人民負擔宗教經費之嫌。換句話說，比國政府，對於宗教問題，雖然採取了平等主義，卻不曾採取超然主義。故即在國教不存在之國家，信教自由之原則，也有不曾完全貫徹的。

吾國臨時約法，承認人民有信教之自由（第六條），並承認信奉一切宗教者之平等（第五條）。當民國二年天壇憲法草案起草時，政府及其他少數人士，方主尊孔，以是該草案除於第十一條承認『人民有信仰宗教之自由非依法律不受制限』而外，復於第十九條規定國民教育之條文內，為『國民教育以孔子之道為

註(三六) Duguit, 前書卷五第 500 頁及以下。

註(三七) Paul Errera, Traité de Droit Public Belge（巴黎一九一八年版），第 80 頁及以下。

修身大本』之附加規定。 這兩項條文，在民國六年憲法審議會時代，曾經引起許多爭辯。 有根本反對孔教，並反對以孔教或其他任何宗教規定於憲法者。 有對於原草案僅定孔子之道爲國民教育之大本而仍表示不滿者。 第二派人雖亦主張人民有信仰任何宗教之自由，卻要求以憲文規定孔教爲國教。(卌) 該審議會最後係採取劉恩格氏之修正案；以替代原來第十一條及原來第十九條之附加規定。該修正案云：『中華民國人民，有尊崇孔子及信仰宗教之自由，非依法律，不受制限』 既承認『信仰宗教』之自由，復贅以『尊崇孔子』之自由，自屬漫無意義。 據該修正案提案人之說明，孔子不是宗教，故不當定孔教爲國教；國民教育之方針須隨時代而異，不宜訂諸憲法；孔子之道亦不止於修身一端，故不當僅定孔子之道爲修身大本。 這些說明，我們都可承認。 然該提案人對於以『尊崇孔子』

註(卌) 例如翟富文等所提之修正案，卽爲『中華民國人民信仰以孔教爲國教有信仰其他宗教者亦聽其自由』。 見吳宗慈中華民國憲法史（民國十三年版）卷上第 171 頁。

四字入憲，畢竟沒有提出任何有力的說明。（三二）實際上當時憲法會議之通過此項條文，只是遷就事實。蓋國教之說既爲多數所不贊同，當時的政府與一部分議員以及孔教會諸人，又力倡孔教爲國教之說，憲法會議諸人只好通過這種漫無意義的修正條文，以敷衍提倡尊孔之人。民國十二年北京議會所通過之中華民國憲法亦仍此文。

第九目　意見自由

一　意見自由的意義　意見是個人精神間事，不獨非法律之所宜干涉，抑且非法律之所能制裁。所以承認意見自由，不是承認思想自由因爲思想自由，初無須乎法律之承認。所謂意見自由，只是表示意見之自由。國家之必須承認個人享有此種書由，無非以此種自由可給人民以互換知識與思想之機會；無非以此種自由，可以促進人民智識，道德之發育。近代文化可於說是完全建築在此種自由

註（三二）看吳宗慈前書卷上附編第27—31頁。

之上，倘人民無意見自由——尤其是意見自由中之刊行自由——則科學，藝術，商業種種方面，固無從進步，而近代廣土衆民之民治組織，亦決爲不可能之事。說者謂古希臘羅馬之民治制度，只能行於地域極小之市府國家，近代民治制度能行於廣土衆民之大國，卽因一無報紙，一有報紙之故。

二　意見自由的種類

意見自由 (Liberté d'opinion)，英人稱爲討論自由 (Freedom of Discussion)。討論自由這個名詞，也許較意見自由之稱謂爲適當，因爲討論云云，當然係指思想或意見之表示而言。國人通稱意見自由爲言論自由；然言論自由與 Freedom of Speech 不無相混，果爾則言論自由云云，只是意見自由之一部。臨時約法及十二年中華民國憲法俱承認人民有言論，著作，刊行，三種自由。這三種自由，自然都是意見自由：凡意見之以口語表示者爲言論，而此種表示之自由，便卽所謂言論自由；凡意見之以文字圖畫表示者爲著作，而此種表示之自由，便卽所謂著作自由；凡意見之以印刷的文字圖畫表示者爲刊行物，而此種

表示之自由，便卽所謂刊行自由。法國一七八九年人權宣言第十一條，亦以言論，著作，刊行三事並舉。精細的說來，刊行自由，自不能不包括言論自由與著作自由；以故本目以次所述，僅以刊行自由爲限。

意見自由，除卻言論，著作，刊行自由而外，亦尚有其他種類：集會自由，教授與學習自由，請願權，書信秘密自由之類，無不可看作意見自由之一種。關於集會自由問題，將於本節第九目另行討論；本目以次所述，除卻刊行自由而外，當略略論及教授與學習自由，請願權，以及書信秘密自由。

三　刊行自由

出版事業，在歐洲文化中，本來是比較晚出的一種事業。吾國木版印刷，自隋已興，自唐已盛；卽活字印刷，說者亦謂北宋時已有泥塑活字版之行用。歐洲之活字印刷，只創自十五世紀中葉，卽其木版印刷，亦只件十四世紀歐洲紙業之出現而始出現。吾國對於文書出版，歷來俱採事前放任，事後干涉主義；歐洲諸國，對於出版物之採取檢查制度，則與出版事業並時而興。直至十七世紀

以後，刊行自由乃漸爲學者所鼓吹㊂ 然除英格蘭而外，歐洲諸國，刊行自由之實現，大都不過是十九世紀後半期或二十世紀初期之事。

欲討論刊行自由的範圍，我們可以把這個問題，分爲三層：（一）出版的手續，（二）文字圖畫的範圍，（三）違法出版物的處分。

第一，出版的手續 就列國過去或現行的法律而言，其關於出版手續之規定，要而言之，不外兩種制度： 一爲預防制 (Système Préventif) 在此種制度之下，凡出版物不特於出版以後，須受法律之制裁，即於出版以前，亦須受警察機關之干預。 所以這種制度亦稱警治制度。 一爲追懲制 (Système Représsif)。 在此種制度之下，凡出版物於出版以前，毫不受任何機關之干預，僅於出版以後，須受法律之制裁；換言之，凡出版物之違法者，須於出版後始依法律之所定而受懲罰。 所以

註㊂ 米爾頓 Milton 氏於一六四四年出版之 "Areopagitica, a Speech for the Liberty of Unlicensed Printing" 英人奉認爲首先提倡刊行自由之作。

這種制度亦稱法治制度。 英美兩國久已採用追懲制，歐洲大陸諸國，則預防制度，流傳甚久而亦甚遍。

預防制度之目的，無非欲假藉行政機關之干涉，以預防人民之濫用出版自由。然採用此制，誰又能保障行政機關不濫用其干涉權，以束縛人民之言論？ 且人民的普通行為，實亦只於行為發生而後，始受法律制裁，事先固大率不受任何機關之干預，倘人民於刊行出版物以前，偏須預經行政機關之一度干預，亦實與法律上之普通原則相反。 故在英美等自由國家，刊行自由（Freedom of the Press）之名詞，在一般人見解中，只是個人得以書籍，報紙，告白等印刷物，傳達思想與知識於他人，於其刊印，及發行之時，不受政府檢查，或特許，或其他干涉之謂。

惟是列國過去或現行法律所採用之預防手段，亦實有種種，預防制之嚴厲的程度，亦隨其所採的預防手段而異：

預防制中之最嚴厲者，自為檢查制 自十六世紀而後，歐洲許多國家（尤其

是英法兩國）對於刊行自由，即羣採兩種干涉：一為對於出版業之干涉，一為對於出版物之干涉。其對於出版業——印刷業或發行業——則限定須歸國家允准之機關或公司經營；其對於出版物，則行一種檢查制度；凡出版物，非於出版以前，預經政府檢查機關（Censorship）檢查核可，不得出版。此兩項干涉在英國雖於一六九四年以後，即已消滅——英國現惟對於戲劇，尚於其演唱以前施行檢查。而檢查制之在歐陸其他諸國，則雖於十九世紀期內尚屢有採用者。今則一般國家之憲法或法律，率已明禁檢查制度；在承平時期，蓋已不認此制有存立之餘地。其在美國，則因憲法條文詞義之束縛，雖在戰時，亦殆不能設立檢查出版物機關。在一九一四至一九一八年歐戰期內，歐洲大陸諸國，甚至英國，雖俱設有檢查報紙之機關，美國亦並未設立檢查出版物機關。[23]

註[23] 關於歐戰期內列國刊行自由之狀況，可參看拙著現代之出版自由（東方雜誌第二十一卷第一號）及 Encyclopaedia Britannica (12th edition), Article on "Censorship".

次於檢查制者爲**特許制**。 這是有些國家曾經採用以爲檢查制之代替者。在此種制度之下，報紙及一般的出版物，雖不受檢查，然報紙之開辦，則須預得警察機關之特許。 例如法國拿破崙第三時代卽採用此種制度。 特許制雖較檢查制爲稍和緩，然足爲行政機關束縛人民言論之危險武器，亦甚顯然。 今之自由國家，亦莫不否認此制。

就列國先例而言，對於報紙之出版，尙有以**保押金制**與特許制並行者；法國於拿破崙第三時代便係如此。 在此種制度之下，凡開辦報紙之人，事先既須預得警察機關之特許，並須預繳若干保押金(Cautionnement)。 在十九世紀期內，他國出版法，對於報紙，亦頗有模倣法之保押金制者。 日本現行新聞紙法（明治四十二年頒布）雖未採檢查或特許等制，亦尙存有保押金制；凡在大都市發行關於時事之新聞紙，其應繳之保押金，至達日金二千圓。 保押金制，一方面既足阻遏報紙之成立，一方面對於已經存立的報紙，亦足影響其言論，因政府既握有保押金，則懼政

府或法庭之收沒保押金，自爲主持報紙者必有之戒心，由是報紙對於政府之評論，便或不免過於怯懦。以是法國及一般自由國家之法律今亦廢止保押金制；比國憲法，並且以憲法條文明示禁止矣。[註]

預防制之最輕者爲報告制。報告制與特許制有別。如行特許制，則出版人於出版前，將不獨有報告警察機關之義務，且須得其特許；反之，如行報告制，則出版者雖有報告警察機關之義務，警察機關卻無拒絕其出版之權。報告制之目的，在使警察機關得預知某種出版物行將出現，而予以注意；故其性質，亦可謂爲一種預防手段。此種預防手段，自較以前諸制爲輕微。然使此制適用於一切出版物，則其束縛刊行自由，要亦不可輕視。現時法國所行之報告制，亦僅適用於報紙，而不適用於書籍及其他出版物；換言之，即凡報紙之出版，於該報成立之時，必須報告警

註 一九二一年比憲第十八條第一項云：「刊行應任自由；檢查機關不得存立；對於著作人，發行人，或印刷人，並不得索繳保押費。」

察機關一次；他種出版物（例如書籍）則可逕自出版。於此種報告制，既僅適用於報紙，且僅適用於報紙成立之始，實際上殆不發生如何之束縛。

從上所述，從知關於出版手續問題，所謂檢查制，特許制，保押金制，等等預防手段，在理論上固無從容認，卽就實例言，亦僅成歷史上的陳物；除戰時而外，現代一般自由國家已不採用此等制度。報告制雖非完全不可採用，然斯制之適用，亦殊不宜泛及一切出版物。

第二，**文字圖畫的範圍**。出版物所載的文字圖畫究應有如何之限制？何種文字圖畫便應認爲合法，或非法？這便是文字圖畫的範圍問題。就理論言與就列國法律言，關於出版物的記載之限制，可說是含有兩類：其一係爲着社會全體的利益而設定之限制，其一係爲保障私人利益而設定之限制：

（甲）**爲保障社會利益而設定之限制**。此種限制，卽在近今自由國家，仍然不免分歧。就理論而言，此種限制之規定，論者以爲亦可有一個適當的標

準。這個標準便是：凡出版物之記載，如僅係一種意見，便不能構成一種非法行爲；必其記載之本身，已經構成一種妨害社會利益之事實，始應認爲非法。法人嘗謂出版法中不應含有所謂『意見罪』(Délits d' Opinion)者，意卽指此。惟意見罪與非意見罪，殊不易抽象的立爲界說。今姑舉示若干例，以明二者差別之大凡：

列國法律，爲保障社會全體利益起見，固皆承認出版物的記載之含有以次各種情事者爲犯罪：如敗壞風紀之淫辭淫畫；鼓煽人民暗殺強刦之言論；揭示軍事外交之秘密文件；揭示法廳未經公判而應秘密之案件；散布知其爲僞而有害公安之謠言等等，皆是。凡斯記載，其本身實已構成一種危害社會利益之事實，故其認爲犯罪，不得目爲意見罪。

反之，如承認攻擊國體之言論爲犯罪（從前許多國家俱如此；）或誹謗元

首之言論爲犯罪（今之君主國家，尙大率如是；）或誹謗宗教之言論爲犯罪（英美法中今尙亦有所謂誹謗耶教罪 Blasphemy）；或離間社會間各階級的感情之言論爲犯罪（如德國舊刑律一百三十條及其一八七四年出版法之所規定，）便俱爲一種意見罪。　就理論言，此種政治的或宗教的意見，原不妨任其自由表示；苟加禁止，縱或有裨於一時之秩序，然人類思想與組織，或又無從改善。　且對於此種意見之表示，嚴加禁阻，事實上能否有裨於一時之秩序，有時亦屬疑問：　我們覺得把一個無政府主義者，或一個共產主義者之口完全緘住，或是把他們關在監獄裏，不見得比縱容他們在人前宣傳要安全些。

（乙）爲保障私人利益而設定之限制。　列國法律，爲保障私人之利益，類皆設有幾種重要的限制：其一，在認妨害私人之安全名譽信用或秘密之記載

爲犯罪。 在多數國家，此種記載，就令屬實，有時亦可構成犯罪行爲。[illegible] 其二，在設爲『答復權』（或稱『更正權』）之規定。 依此規定，則凡報紙記載之涉及私人名譽信用或安全者，該報對於當事之私人，便負有登載其本人辯正函件之義務。 這種義務，便構成當事者之答復權。 答復權之行使，既

註[illegible] 有些國家，對於妨害私人名譽的言論，不論事實的有無，一概處罰；如日本刑律是。 吾國暫行刑律第三百六十條，亦模倣日本刑律，設爲「指摘事實公然侮辱人者，不問其事實之有無，處五等有期徒刑，拘役或一百圓以下罰金」之規定。 這自然太苛。 有些國家，卻又採相反之規定；只要言者能證明事之眞實，便不處罰；如德國刑律是。 這也許不免太寬。 多數國家，係採一種折衷制度：對於與公益無關之誹謗，則不論眞僞而一概科刑；對於有關公益之誹謗，則承認誹謗者得以舉證： 例如法國現行出版法（一八八一年頒布）一面承認妨害私人名譽之誹謗，應不問眞僞而一概科刑；一面承認誹謗國家官吏的人則得因其所言屬實而不受罰，是。 此因官吏之人格直接關係公衆之利益而然。

較訴訟爲簡便，答復函之功用，有時且較訴訟之功用敏捷而闊大；故答復權之設，極形重要。 其三，在承認著作權。 著作權原爲國家鼓勵私人著作之一種政策；其爲保障私人利益而設，固甚顯然。

第三，**違法出版物的處分**。 凡違法之出版物，究應由如何之機關，採如何之手續，與依據如何之原則，施以處分？ 這便是違法出版物的處分問題。

所謂處分的機關問題，便卽警察官廳應否享有直接處分權之問題。 所謂警察的直接處分權，卽警察機關，對於彼所認爲違法之出版物，得不預經法庭之審判，而逕行沒收出版物，停止出版，或封閉出版機關，等等處分之權。 就原理言，警察之直接處分，無論爲沒收，封閉或停止，俱無充分之理由，因授警察以此權，便無異以警察而兼行法律之執行與解釋故也。 卽僅就實際利害言，不獨封閉處分，關係綦大；卽停止，沒收，等處分，有時亦大足影響報紙未來之營業及生存；倘以此權付諸警察，報紙事業實處於極形危險之地位。 以是，現時自由諸國，或則完全否認警察之享

有直接處分權；或則僅承認警察有極狹小之直接處分權。㊱ 沒收，停止，封閉等處分，在原則上，惟依司法機關之命令始能實施。 換言之，這些處分，只是司法機關的職權，而不是警察的職權；只屬於司法處分之範圍，而不屬於行政處分之範圍。

所謂處分的手續問題，最要者便卽出版物訴訟之審判，應否由普通人民——卽陪審人員——參預之問題。 對於出版物訴訟，一般國家已俱採用陪審制度；蓋出版訴訟，最易演爲政府壓迫人民之武器；倘採用陪審制，政府之高壓或無所施；因陪審人員，既爲普通人民，而非常任官吏，自不至如普通法官，時有仰承政府意旨之事。 有時因律文限制言論過嚴，陪審制且有幾分調劑作用，因陪審人員，既係普通人民，嚴格守律之情，必較一般法官爲稍遜；對於被告人民，或易爲寬大之釋放。 例如英國刑律雖亦設有誹謗耶教罪 (Blasphemy) 與誹謗國家罪 (Seditions Libel)

註㊱ 例如法國現行出版法，便僅承認警察對於淫猥之圖畫有沒收權；對於其他任何出版物，仍無沒收權；至停止封閉等權，則全未畀予警察官署。

等意見罪而此種律條實際上未易演爲政府蹂躪意見自由之利器者，陪審制之存在亦其一因。㊆ 惟是陪審制雖可有如斯的功用，此制亦尚有許多流弊；權衡利、害，此制是否宜於採用，固尚有討論之餘地。 但該項討論，屬於刑事民事等手續法之範圍，這裏不能泛及。

所謂處分的原則之問題，最要者便即違法出版物的責任問題。 出版物之含有違法記載者，其責任果應誰屬？ 這個問題之解決，有英比兩制之異： 英制認著作人，編輯人，發行人，印刷人，甚至代賣人，對於出版物之違法記載，俱須負責。 英制之理由，無非欲令違法出版物，與普通犯法行爲，完全立於平等地位；因普通犯法行爲，須由一切參與犯法者負責故也。 比制則認對於違法出版物負責任之人，只是一人：爲首者爲著作人著作人不可查知時，則由編輯人負責；無編輯人時，則由印

註㊆ 看 Dicey, Law of the Constitution 論 Freedom of the Discussion 章。

刷人負責；印刷人不可查知時，則由發行人負責。㊴ 比之此制在使著作人之言論不致受編輯人，發行人，或印刷人之阻遏，因他們如須與著作人同負責任，則著作人之言論，實際上便不免要受他們的檢查。 愚意對於一般出版物，如圖書廣告之類，比制殊較英制爲完善；對於報紙，比制卻未必適當；因爲報紙的經理人或編輯人，對於報紙中的文字圖畫，是應注意而且能注意的；實際上報紙上的文字圖畫，也大都是曾經他們審定或指導而發表的。 他們的責任，決不能受著作人責任之掩護。所以依法國現行出版法之規定，報紙的經理人，關於報紙的違法記載，轉立於主犯地位；著作人僅得視爲從犯。

以上係從理論及列國實例兩面，論述刊行自由之範圍。 以下我便取吾國歷來關於刊行自由之諸種法令爲簡括之說明。

註㊴ 比憲第十八條第二項云：「著作人已知而且住居比國時，則發行人，印刷人，或發賣人俱不受控告。」 比國刑律對於本問題尚有詳細規定；看 Errera 前書第76–77頁。

吾國歷來對於出版物，俱採事前放任，事後干涉主義；直至前清末年，尙無所謂檢查，特許，保押金等預防制度。文字之獄，有時誠亦甚酷；前清康熙雍正乾隆三朝，士林及官吏之以摺奏著作，或出版物賈禍者尤爲衆多；然亦不過事後追懲而已，事前干涉之制亦未嘗存在。事前干涉之律，始於光緒三十四年之報律。㊄ 該律大體上係倣照日本舊新聞紙條例（於明治四十二年廢止）。其對於報紙之成立，旣設有報告官廳及繳納保押費兩條件；對於報紙之發行，不論爲日報或非日報，並設有檢查手續。該律第七條云：『每日發行之報紙，應於發行前一日晚十二點鐘以前，其月報，旬報，星期報，間日報等類，均應於發行前一日午十二點鐘以前，送由該管巡警官署或地方官署，隨時查核辦理。』這便是該律所設之檢查制。這種制度，將不獨使辦報者感覺困苦，卽執行該律之官廳亦必不勝檢索之煩。所以該

註㊄　該報律全文見光緒新法令（商務印書館出版）第九册。

律施行一年以後，清民政部即有請求酌予修改之摺。㊂ 至該律對於違反該律者所設之諸種處分，如罰金及禁止發行之類，究應由何種衙門決定，該律初未明白規定；但各省審檢各廳，當時既未完全成立，此類事件，事實上自然都係由行政衙門任便判斷。

民國成立，臨時約法既承認人民有言論著作刊行之自由，前清報律於理當然不復可以存續。然臨時約法第十五條既稱約法所載人民之權利，「有認為增進公益，維持治安，或非常緊急必要時，得依法律限制之，」則以法律限制人民諸種自由，實際上殆無一定之範圍可言；因公益云云，治安云云，都是些寬闊而無邊際之詞。民國三年，袁政府為箝制言論計，曾頒行兩種關於刊行自由之法令： 一為民國三年四月二日之報紙條例，一為民國三年十二月四日之出版法。㊃ 報紙條例所規

註㊂ 宣統新法令（商務印書館出版）第九册民政部奏請修正報律條文摺。

註㊃ 以上兩種法令全文，見政府公報及民國四年商務印書館法令大全。

定者，爲報紙之出版；出版法所規定者，爲報紙以外的『文書圖畫』之出版。

報紙條例，對於報紙之出版，係兼採特許與保押金制；卽凡日刊，不定期刊，週刊，旬刊，月刊，年刊之出版，須於出版前預得警察機關之認可，並繳若干元之保押費。對於報紙中文字圖畫之範圍，該條例設有次列八種禁止：

一、淆亂政體者；
二、妨害治安者；
三、敗壞風俗者；
四、外交軍事之秘密及其他政務，經該管官署禁止登載者；
五、預審未經公判之案件及訴訟之禁止旁聽者；
六、國會及其他官署會議按照法令禁止旁聽者；
七、煽動，曲庇，贊賞，救護犯罪人，刑事被告人，或陷害刑事被告人者；
八、攻訐個人陰私損害其名譽者。

這些禁止之事項令亦無庸爲詳細之分析其第一項認『擾亂政體』的記載爲非法，便是剴切承認意見之足以構成犯罪；其第二項『妨害公安』云云，詞旨空闊，自亦易入人意見於刑罰。　至該條例對於報紙所設之罰金及停止發行等處分，警察官署亦享有直接決定與執行之權，但以報紙違反呈報手續，及不繳保押費，不經特許而發行，等場合爲限；報紙之文字圖畫如果違反該條例所定之範圍，其處分權仍屬於司法官署。　關於答復權及報紙文字之著作權，該條例亦俱有明文承認。

報紙條例於民國五年黎元洪復職後，卽被廢止。　嗣後北京政府亦迄無關於報紙之中央法令出現。　以是自該條例之廢止，迄民國十五年一月止，報紙以及其他『文書圖畫』之出版，俱係受出版法之支配。　出版法原係規定報紙以外的『文書圖畫』的，故對於出版之手續僅採報告制，而無檢查，特許，保押金等苛刻條件。該法對於文字圖畫所設之範圍，亦與報紙條例所設之八款大致相同。　十五年一月，因各方面嚴重反抗之結果，出版法亦由段祺瑞政府以明令廢止。

出版法廢止以後，全國刊行自由，在法律上只受暫行刑律支配，不復受任何特別法支配。但京師警察廳，於民國十四年四月朱深為廳長時代，對於北京地面，尚須有一種廳令，名為管理新聞營業規則，其限制報紙及通信社之成立，較諸報紙條例尤酷。此項廳令後雖徵有修改，然嚴酷之度究未大減。

民國二年天壇憲法草案及民國十二年中華民國憲法，俱僅設有『中華民國人民有言論，著作，及刊行之自由，非依法律不受制限』之條文，於刊行自由，初未設定更形具體之範圍。各省省憲或省憲草案，則大都聲明人民之言論著作及刊行等自由，只受刑事法典所設之限制，而不受任何其他特別法令之拘束。[四] 這是依據英美等國成例，不於普通民刑法而外，別立報紙法或其他出版法。本來，凡須行此種特別法的國家，大體上係對報紙或其他出版物增加束縛，如設定出版之手續，

註[四] 例如民十一湘憲第十一條云：『人民在不抵觸刑事法典之範圍內，有用語言文字圖書印刷，及其他方法，自由發表意思之權，不受何種特別法令之限制，或檢查機關之侵害。』

給予警察機關以停止發行，與沒收出版物等權，是。如果人民的刊行自由只受普通刑律支配，這些箝制自然都不存在。但是特別法可以增加刊行自由的束縛，亦可減少刊行自由的束縛　這可以英國刊行自由爲喩；依照英國刑法之原則，凡參加一種犯罪行爲之人，須各負刑事責任；所以著作人編輯人印刷人甚至發行人，對於一種違反刑律之出版物，在英國制度之下，亦不能不各負刑事責任；因爲英國人民的刊行自由，係受普通刑律支配，而不受任何特別法支配。其在他國，此類責任，往往於特別法中設有特別規定，普通刑律之束縛因獲減輕。所以嚴密地說，列國特別法之所規定，亦不盡在增加刊行自由之束縛。

四　教授與學習自由　歐洲諸國尙有於憲法中特別規定教授與學習自由者。這種自由，學者間有純認爲意見自由的；嚴格地說，與其說是意見自由，毋寧說是意見自由與工作自由之合併。然則所謂教授與學習自由，究以何種問題爲其對象？

從前人士，對於强迫教育，尙多反抗，而認强迫教育爲違反教授與學習之自由。今則無論個人主義者或社會主義者，無不視强迫教育爲必要；以是今人所倡之教授與學習自由，不在國家能否强迫人民受教育之問題，而別有在：所謂教授自由之問題，卽任何個人能否以其知識與思想，教授他人，不受限制之謂。所謂學習自由之問題，不只是說任何個人能否習其所願習之業；這是不用討論的。學習自由的問題，是說任何個人能否享有選擇教師之自由。此種自由，就令存在，其於兒童自然亦只能由家長行使。

由上所述，足見教授與學習自由雖屬兩項自由，彼此卻有連聯關係　我們如果一面承認任何人有教授之自由，一面卻不承認任何人有擇師之自由實際上便亦等於限制教授自由；反之，我們如果一面承認任何人有擇師之自由卻不承認任何人有爲師之自由，實際上便亦同於限制學習自由　所以法人把教授與學習自由，倂而爲一，名之曰『教學自由』(Liberte de L' Enseigenient)

為保障社會全體的利益計，國家對於教授與學習自由，自亦與對於其他自由一樣，不能不設相當之限制：第一，國家如果承認此種自由，一方面固不能視教育為國家專營事業，一方面卻亦可對於私立教學機關，要求相當之設備；其不具備最小限度之設備條件者，國家自得阻止其成立或存續；而於供給義務教育之私立學校為尤甚。㉓ 第二，國家如承認教授與學習自由，雖不能限定一切公私學校之教員須由國家決定聘用，而對於充任教員之人，究可設定資格。關於此層，所可討論者，只是資格的限制，應否涉及中學以上之教授人員而已。㉔

註㉓ 依照一九一九年德憲第一四七條之規定，凡供給義務教育之私立學校，便須一律取得國家認可證，始得成立；在公立學校敷用之區域內，並不准此種私立學校存在。

註㉔ 法國一八四八年憲法，頗帶社會主義色彩；對於教學自由，設有次之規定：「教學應任自由。教學自由須依法律所設定之能力與道德諸條件而行使；國家之監督涉及一切教學機關，不附例外。」

教學自由問題，在歐洲一般國家，迄今仍甚重要；主張此種自由最力的，往往是教會中人。蓋歐洲諸國的教育權，歷來大率操諸教會；爲使教會的此種權利不受國家的干涉與剝奪起見，教會中人自然要力爭教學自由。此等情形，爲吾國歷來所無，吾國中央及各省憲法或憲法草案，亦俱無關於此項自由之規定。

五　請願權　所謂請願權卽人民向國家機關或官吏提出意見或請求之權。這種權利，間亦有看作參政權者；然向國家機關或官吏表示意見，與參預政權之行使，究屬有別。所以此權仍只應視爲意見自由之一種。

關於請願權的限制，夙有兩種意見：其一，認請願權應與個人諸種自由同目爲一種人權；由是，請願權便應普及於一切人民，而不應設爲年齡，男女，甚或國籍等限制。主張此說者，以爲請願權普及，則人民之無選舉權，被選舉權，充任官吏權，等參政權者，亦尙有表示其政治意見之機會。換句話說，請願權之普及，可以補救參政權之不普及。其二，則認請願權應分爲私益請願與公益請願兩類：所謂私益

請願，卽指以個人利益爲請願目的者而言；此種請願，論者認爲應與人權平視而許其普及。所謂公益請願，係指以公共利益爲請願目的者而言；此項請求含有政治性質，論者認爲應與參政權同視；凡享有此種請願權之人須具相當之資格。

此外，尙有將請願分爲請願與陳訴兩類者；前者指對議會請願而言，後者則指對行政官署請願而言。臨時約法（第八條及第九條）及民國十二年中華民國憲法（第十六條）採用請願與陳訴兩名詞，意卽如此。對行政官署之陳訴，列國法律，大都稱之爲『訴願』(Plainte, Klage)。但『訴願』之目的，依列國法律，往往只是請求行政官署，對於官吏之違法處分或不當處分，施行挽救；並不能涉及一般政治問題。提起『訴願』之權，依列國法律，往往只屬於直接受違法處分或不當處分損害之人；並非一切人民俱可提起。吾國民國三年訴願法之所規定，亦復如是。似此，『訴願』云云，限制殊多；憲法上如果承認一切人民有向行政官署陳訴之權，其範圍當然不以如斯之訴願權爲限。至於人民向議會請願之權，民國二

年議院法亦設有若干限制： 凡人民請願，一律須經議員五人以上之紹介；請願書如果抵觸憲法，或干預審判，或有侮辱政府或議院之語，概不在議院受理之列。 依該法之所定，請願事件，概付各院請願委員會審查；經委員會可決，始得提付院議；但委員會否決事件，如有議員四十人以上之要求，亦得提付院議。 院議可決之件，其應行咨達政府者，由院咨達政府，並要求其報告。

臨時約法及十二年中華民國憲法於承認請願權及陳訴權之外，並明白規定人民有訴訟於法院之權。 實則此項權利，縱不規定於憲法，亦無虞其不存在；因國家既已承認個人自由，自然不能不承認個人自由必須具備之一種保障，卽訴訟權。

六　書信秘密自由　書信秘密自由，卽人民函件與電信之秘密，不受任何官吏或任何私人侵犯之謂。 此項自由在使人民得以自由交換知識與思想；故亦爲意見自由之一。 本來，書信傳遞事業，如由私人經營，則書信秘密自由，卽不於憲法或其他公法中特加規定，亦或不易遭受侵犯，因傳遞者之必須保持秘密，纔可爲通

信人與傳遞人間之契約條件。然現代國家之郵電事業，既率由國家專營而不許私人經營，書信秘密自由倘無憲法爲之保障，便難免遭受國家行政機關之侵犯，或立法機關之剝奪。以是列國憲法往往特設書信秘密自由之規定；吾國臨時約法及十二年中華民國憲法亦然。

但列國法律對於書信秘密自由，亦不能不設爲若干種例外：如未成年者之書信，得由其家長或監護人拆閱；如嫌疑犯之書信，得由法庭拆閱（但列國法律，即對於此類書信之拆閱，亦往往設有嚴重之限制；）如含有課稅物之嫌疑郵件，得由郵局令寄信人或受信人拆示其內容；如無法投遞之郵件，郵局得拆閱內容，以尋覓原寄信人之地址，等等，皆是。

第十目　集會自由

一　集會自由的意義　所謂集會自由，即人民得以自由集合於一地點，以演講的形式，表示其思想或知識，或以辯論形式互換其思想與知識之謂。國家之承

認此項自由與承認言論，著作，刊行等自由同其目的俱在助長人民知識道德之發育。惟是此項自由果為一種特殊自由亦僅係前述諸種自由所包含之一種自由，則歐洲大陸諸國人士，與英國人士之見解，似不免分歧：

英國人士，夙認集會自由，僅為人身自由與言論自由之併合。彼以為人身自由，抽象言之，原只是人民的『居止行動之自由；』一切人民，既俱有居止行動之自由，則人民之得以集合於一地，自為當然之事。復次，集會之目的，無非以演講或辯難之形式，為知識與思想之表示，果爾，則承認人民享有言論自由，集會自由當然亦在其承認之中。以是英國法中對於集會自由，初無特別承認之明文，其關於集會自由之限制，亦只是普通刑法中對於人身自由與言論自由所設定之限制，而無特別關於集會自由之限制。[註] 反之，歐洲大陸諸國則大率視集會自由為一種特殊自由；其對於此項自由，往往制成一種特殊法規——集會法——於普通刑法，對於

註[註] Dicey, Law of the Constitution 論 The Right of Public Meeting 章。

人身自由言論自由所設定之限制而外，更設爲若干特殊限制

二　集會自由的範圍

欲說明集會自由的範圍，須分別說明集會的手續，與集會的解散兩項問題。

第一，集會的手續。　列國法律，對於集會手續之規定，亦有追懲與預防制之別。英人因承認集會自由，純爲人身自由與言論自由之合併，故其對於集會手續，亦只採追懲制，而不採任何預防手段；因爲英國法律，對於人身及言論等自由，原亦只採追懲制。　以是在英國法律之下，人民之集會，不問其集會具如何之性質（政治的或非政治的，）不問其集會在如何之地點（屋內或屋外，）不問其集會爲如何人民之集會（如男子或女子，成人非成人等差別之類，）事前俱無須請求警察許可，亦無須報告警察。

歐洲大陸諸國，因視集會自由爲一種特殊自由，其特別關係集會自由之法律，每每將人民之集會分爲若干種類，而分別採用追懲制或預防制：　有將人民集會，

分爲政談集會與非政談集會者，有將人民集會分爲屋內集會與屋外集會者；有將人民集會分爲勞工集會與非勞工集會者；有將人民集會分爲私人集會（卽與會之人係以召集開會人所招請者爲限之集會）與公衆集會（卽任何人民俱得與會之集會）者；有將集會分爲選舉集會與非選舉集會者。 其於諸種集會，各依其性質而規定其集會之手續。 對於甲種集會，或純採追懲制，對於乙種集會，或又採用一種預防制。 其所謂預防制，亦有兩種：一爲特許制；採用此制，則集會前若干時間，便須報告警察，且須得其許可。 一爲報告制；採用此制，則集會前若干時間，雖須報告警察，卻不必得其許可。

就實際言，預防制中之特許制，固大足束縛人民之集會自由；卽報告制恐亦不免束縛太甚： 蓋集會自由，與刊行自由或結社自由不同：報紙之出版或人民之結社，卽令事先須報告警察，亦不至發生重大的阻障；集會是一種臨時集合，往往且爲一種緊急的集合，倘亦須於事先若干時間報告警察，則其所生之阻障，實際上時或

甚大。故卽採用報告制，亦只能限於特殊之場合（例如屋外集會）其提出報告之時間，距集會之時間，尤不能過長。

第二，集會的解散 警察官吏，自然應有參列集會地點之權；列國法律，且有承認一切集會，須設警察席俾得監臨者。 但警察官吏之監臨會場者，究應有如何之權限？ 往時歐陸諸國法律，有承認警察享有極廣泛之解散權者： 凡會場中之言論，如經警察認為非法，警察便得逕自解散之。 但以如斯之解散權委諸警察，便不啻畀警察以解釋法律之司法權，其危險之大，蓋甚顯然。 以是法國現行集會法，遂承認警察之解散集會，應以兩項場合為限： 卽會場之發生暴動，或召集開會人之請求解散是也。 除此兩項場合而外，警察便無逕自解散集會之權就令會場中有違法之言論發生，警察亦不能解散其集會；警察之所能為者，亦不過於事後訴諸法庭，請求對於當時發言者施以追懲而已。

以上為列國法律關於集會自由規定之差別 吾國於前清光緒三十四年卽

已須有結社集會律；就中關於集會之規定，重在取締『政論集會』 凡『政論集會』不獨須於事先報告警察，並不得容許學生教員及婦女之參加；參加之人數，亦不得超過二百人；至於警察，依該律亦享有中止集會權與解散集會權。(四八) 民國成立，臨時約法，雖承認人民有集會之自由，卻未自定此項自由之範圍（十二年中華民國憲法亦然。） 民國三年袁政府所頒之治安警察法，關於集會自由的規定，略如次述：

一、分集會為政談集會與非政談集會；前者須於集會前十二小時報告警察，後者如『行政官署因維持安寧秩序認為必要』時亦得令其呈報。

二、復分集會為屋內集會與屋外集會，屋外集會，不論為政談集會非政談集會，甚或為公衆遊戲之集會，俱須於集會前二十四小時報告警察，並得其許可。

三、勞動工人之一切『聚集』，如係煽惑『同盟解雇』『同盟罷業』『強索報酬』『擾亂安寧秩序』或『妨害善良風俗』者，警察官吏得逕自禁止之。

註(四八) 結社集會律全文見光緒新法令第九册。

四、集會之講演議論經警察認爲涉及特種刑事訴訟事件，或認爲「有擾害安寧秩序或妨害善良風俗之虞」者，警察得逕自中止其講演或解散其集會。

五、女子，未成年人，僧道及其他宗教師，小學校教員，學校學生，軍人，警察官吏，以及褫奪公權尚未復權者，俱不得參加政談集會。

凡斯規定，俱係直接販自日本，間接沿自歐戰前之德國與普魯士；其嚴酷之程度，依前所述列國之例，可以瞭然，無俟具論。

晚近以來，湘浙等省省憲或省憲草案，大率認人民集會自由只受普通刑律之限制，不於刑律範圍以外，更受任何特別法令之限制。㊽

第十一目　結社自由

一　結社自由的意義

結社自由之所謂「社」，自與集會自由之所謂「會」

註㊽　例如民十五浙江省自治法第十三條云：「省民在不牴觸刑法之範圍內，有自由集會結社之權，不受他種法令之制限。」

有別。『會』爲一種暫時之集合；而社則爲一種永久之團體；以故社之爲物，必爲一種有機關有規律之組織，而會則常不如是。在法蘭西大革命期內之諸種人權宣言中雖曾明認人民之集會自由，然結社自由，則毫未承認。當時人士之未及承認人民結社自由者，其原因似有兩層：一因十八世紀政治學者，在理論上便不承認結社自由；例如盧梭卽爲否認人民結社自由之一人。盧氏以爲欲得全國人民真正的『總意』(Volonté Générale)，便不應容認人民得於全國人民的公共大團體(卽國家)之外，組織其他小團體，以致他們的意見，不克爲彼個人本來的意見，而受小團體的意見之影響。㊇　一因歐洲中世紀遺傳下來的基爾特(Guild)組織，至法國大革命時代，深爲當時人士所厭惡。蓋所謂基爾特者，原卽從事各項工商業者所結合之團體；此項團體嘗壟斷其本業而防阻他人之自由經營該業，以是法國大革命時代人士羣認此項團體有妨於個人自由而嚴加禁止；一般的結社自由，

註㊇　Rousseau, Contrat Social 卷二第三節。

遂亦因是而未爲當時人士所承認。但就理論言，結社自由能予人民以互換知識與思想之機會，能助長人民互助與協作之習慣，其有關於人民智識與道德之發展，實不減於言論，著作，刊行，與集會諸自由。盧梭之玄理，與基爾特制度之歷史，俱不足爲否認人民結社自由之根據。

人民之結社，大別之可說是含有兩類：一爲以營利爲目的之結社；即諸種商業結社（合夥與公司等）是。一爲不以營利爲目的之結社；即諸種政治，宗教，學術，慈善等結社，以及諸種職業團體（如勞工，教員，律師，醫師等團體）是。商業結社，歷來大都自由；惟有限股份公司——這本是近代產物——之成立間受限制；然列國法律近亦已趨於解放此類限制。譬如依照法國商法舊文，此類公司之成立，便須取得政府之特許始能成立；自一八六七年以來，此項限制，亦已逐漸解除，今已完全消滅。不以營利爲目的之結社，——尤其是政治結社——卻往往受列國法律或政府之嚴重干涉。以故今人主張結社自由，往往僅指不以營利爲目的之諸

種結社而言。以次所述之結社，亦限於此種結社。

二　結社自由的範圍

欲解釋結社自由之範圍，便須分別說明四個要點：卽(一)結社的手續；(二)非法結社；(三)非法結社的解散；(四)社之法人資格。

第一，結社的手續。　關於結社手續之規定，亦有追懲制與預防制之別。　採用追懲制，則人民之結社，便無須請求警察許可，或報告警察；採用預防制，則人民之結社，便須請求警察許可（特許制）或報告警察（報告制）。　列國過去的或現行的法律，有採用追懲制者；有採用預防制者；亦有特別對於政治結社或宗教結社採用預防制，而對於其他不以營利爲目的之結社，則採追懲制者。　法國自一九〇一年結社法成立而後，卽承認人民結社之不以營利爲目的者，俱無須請求警察許可或報告警察。　一九一九年德國憲法第一二四條，亦聲明一切結社，無論爲政治的或非政治的，俱聽自由，不受政府任何預防的限制。　英美等國歷來就是如此。

第二，非法結社。　無論吾人承認人民之結社自由至何程度，固皆不能不承認

若干種結社爲非法結社。凡人民之結社，以觸犯普通刑律所規定之犯罪行爲（如暗殺竊盜之類）爲其目的者，固無不爲列國法律認爲非法結社。然除此而外，尙有幾種結社，是否爲法律所許，則列國法律之所定，殊不一致：其一爲反抗國體之結社。法國現行法即認反抗共和國體之結社爲非法；他國亦頗有相似之規定。其二爲勞工之結社。勞工結社，在列國過去法律中，雖嘗被禁止，今則一般國家之法律或憲法，皆已承認勞工可以結社：至於工會之成立，列國法律有規定不必經由任何手續者，如英，比，意，丹麥，瑞士，荷蘭，美利堅等國是；有僅規定須將會所及職員名姓報告官廳者，如法蘭西，挪威等國是；其仍授行政機關以拒許之權者，已屬僅見。文明諸國中迄今仍未正式承認工會者唯日本而已。不但如此，有些國家，勞工結社，較諸其他結社，並且享有較爲優越之待遇，如英國工會自一九〇六年以來對於職員之不法行爲，不負任何賠償責任；英國他種結社則不享有此權；又如法國一般不以營利爲目的之結社，依其一九〇一年結社法，便只享有有限之法人資

格，工會則自一九二〇年以來已取得完全法人資格之類，皆是。勞工結社，誠然可使同盟罷工之事較易發生；從前列國法律之禁止勞工結社，實際上也就基於這個原因。今則列國法律之互異，已不在勞工之能否結社，而只在勞工之能否同盟罷工。實際上，在比較自由諸國，同盟罷工，從前雖爲刑律所禁，今亦不復構成犯罪行爲：譬如依照英國現行法律，多數人之罷工（卽同盟罷工）已與個人罷工視同一律；個人罷工，旣非有暴動，或其他犯罪行爲，不能構成犯罪；同盟罷工，也就非有暴動或其他犯罪行爲，不受刑事制裁。在理論上講，同盟罷工之危險性，自與個人罷工不同；但就實際上講，就令國家承認一切同盟罷工者爲刑事犯，法庭又安能使成千成萬之工人受法律制裁？故在工商業發展已達一定程度之國家，勞工結社或同盟罷工，卽令不爲法律所容許，律文亦往往徒成具文。其三，爲官吏結社。官吏加入一般結社之權，除法官及軍人而外，自不因其爲官吏而應消滅；我這裏所討論的，只是官吏能否組織官吏的職業團體。學者間於此頗多爭論：有謂一切官吏俱不

能組織官吏的結社者。 其所以然，則因他們認官吏之地位，逈異於從事其他職業之人；倘令官吏得以成立官吏的團體，便不啻鼓勵官吏以團體之名義與勢力，向政府或社會，擁護其本已利益，其於社會秩序，與行政紀律，實可發生重大危險。 有謂應按各項官吏的職務之性質，而分別認其得以成立官吏結社與否者。 許多學者，率謂國家機關之純粹事務人員——如國家郵電鐵路等機關的雇員或下級職員之類——應許其組織官吏團體，其他官吏，如法官，警察之類，則不應許其享有此項結社權。 有謂一切官吏，俱應許其組織官吏的職業團體者。 以故此項問題，學者間之意見極不一致。 求諸列國實例，亦復如是。 有否認官吏之此項結社權者；有倘無法律明文以規定官吏之有無此項結社權者；然亦有以律文明白承認一切官吏得與從事其他職業之人，享有同一之結社權，而可組織官吏的職業團體者——一九一九年德國新憲法第一三〇條便如此規定。 精密言之，官吏組織團體，以維護其本業之利益，雖或不免有妨國家行政之紀律，而使行政長官之約束屬吏較形

困難，然此種團體之存在，亦或可使國家機關之用人行政減少徇私，受賄，專橫，苟且，等弊。且僅承認官吏有組織官吏團體之權，亦未必遽能危及社會秩序與行政紀律；所可慮者，彼等假藉團體勢力以同盟罷工手段要脅國家耳。此則對於社會秩序與行政紀律誠有重大的危險，因官吏所處的位置實爲社會秩序之鎖鑰，一經罷工，其危害實較其他一切職業團體之宣告罷工爲鉅大故也。然欲避免此種危險，固亦只須否認官吏之同盟罷工，而不在禁止官吏之組織團體。

第三，非法結社的解散　人民之結社，如爲法律所認定之非法結社，自然應令其解散。惟此種解散權，究當誰屬，卻亦頗有問題。將認警察對於人民之結社；得因其爲非法，而逕自解散耶？抑認警察之解散任何結社；必須預經法庭之判決耶？由前之說，警察便獲自行判定某某結社之是否違法；由後之說，則一種結社之是否非法，便不能由警察逕自認定，而有待於法庭之判決。在自由不甚發達之國，警察雖嘗有逕自解散結社之權（例如歐戰前之德國），在自由較爲發達諸國，此項解

散權，固皆屬諸法庭；如英法諸國是。

第四，社之法人資格　人民之種種商業結社，列國法律，固皆認其得以取得法律上之法人資格；人民之政治，宗教，學術，慈善，職業等等不以營利爲目的之結社，倘亦能取得法人資格，則此類結社，便得以團體名義，享有財產，取得財產，處分財產，並以團體名義，出席法庭，而爲訴訟之當事人。　故法人資格之能否享有，確與社會間諸種不以營利爲目的之結社，能否充分發達，有密切之關係。　列國法律，對於這個問題之規定，亦頗相異：　有承認人民之此類結社，僅享有有限的法人資格者；例如法國現行結社法（一九〇一年頒布）一面承認一切不以營利爲目的之結社，得以自由成立，一面並規定，此種結社，須於報告警察之後，始能取得法人資格，然其所取得之法人資格，仍只是一種有限的法人資格；因該項結社，雖享有出席法庭，取得財產，與經營財產之權能，並不能向公衆募集捐金；其取得財產之權，除國家或地方之輔助金而外，僅限於對於會員徵收有一定限度之會費；其置買不動產，亦只限於

足供本社之需用；倘此類結社，欲向公衆募集捐金，便非預經行政機關認該項結社，爲一種『公益結社』(Etablissement d'Utilité Publique) 不可；凡斯種種，皆所以限制其法人資格者也。 其所以設定此項限制之理由，只在防止此項結社，積成極大之財產，而壟斷政治，宗教，學術等方面之勢力；因此類結社之財產，既非如私人或商業公司，有繼承，分紅的手續以爲之分散，便不免積成一宗極大之永久財產（法律上稱爲『死手』Mainmorte）[illegible]。 然亦有承認人民之此類結社，得以取得完全之法人資格者；美國諸邦中，即有衆多之邦，承認此類結社，一經向國家註册官吏 (registrar, recorder) 報告，以完成其註册之手續而後，便能取得完全法人資格；其取得財產，與經營財產之權，殆無限制（但亦有對於不動產之取得給以相當限制者；）即未經註册之結社，諸邦法律亦往往認其享有有限的法人資格；論者以爲此種寬大態度實美國近三十年來人民諸種結社所由發達之重要原因。 德國新憲

註[illegible] Duguit, 前書卷五第 621-625 頁。

法第一二四條，亦一面承認人民得以自由成立一切結社，一面並承認人民政治，宗教等等結社，亦與其他結社一樣，於履行民法所定手續後，即取得法人資格。

以上係論述列國憲法或法律，關係結社自由之規定。 吾國前淸光緒三十四年所頒之結社集會律，對於結社自由取締自然甚嚴；其所取締重在「政治結社」與「秘密結社」 「秘密結社」自在絕對禁止之列，「政治結社」不獨須得官廳特許始能成立，抑且不得容許學生，教員，女子等加入；其社員並不得超過一百人。[五七] 臨時約法及民國十二年中華民國憲法，雖承認人民有結社之自由，亦未劃定任何範圍。 單行法之規定結社自由者，為民國三年之治安警察法。 該法關於結社自由之規定，略如次述：

一、分結社為政治結社與非政治結社；前者必須事先報告警察；後者如「行政官署因維持安寧秩序認為必要」時，亦得令其呈報。

註[五七] 參看註[四六]

二、一切結社之認為有『擾害安寧秩序之虞』或『妨害善良風俗』者，或係祕密性質者，俱為非法結社，概在禁止之列。

三、前項非法結社，行政官署得逕自解散之。

四、女子，未成年人，僧道，及其他宗教師，小學校教員，學生，軍人，警察官吏，以及被奪公權尚未復權者，俱不得加入政治結社。

至於勞工結社，該法積極的既未承認工人得以組織勞工結社，消極的復對於一切勞工『聚集』之具有煽惑『擾亂安寧秩序』或煽惑『妨害善良風俗』，或煽惑『強索報酬』等等性質者明示禁止。在此類規定之下，工會之存在自難受法律之容許——雖則實際上，大都會間許多工會已秘密的或公開的存在。至於同盟罷工，不問原因或性質如何，亦為暫行刑律認為犯罪行為（第二二四條）。

湘浙等省省憲或省憲草案，則大都承認人民於不牴觸刑法範圍以內，享有一

切結社之自由；(五二) 這就是說，非法結社，應僅以結社目的觸犯刑律者爲限一切結社俱不受政府任何的限制。

第十二目 個人自由與戒嚴

凡值國家因戰爭，內亂，天災等非常事實而宣告戒嚴，則個人諸種自由，較諸平時自不能不受較大之限制。 以故戒嚴問題與個人自由問題殊有密切關係。 關於戒嚴問題，可以說有法，德，英，美四種不同的制度。 從這四種相異的制度，我們很可以看出他們法治的程度與個人自由的保障，如何相異。 以下我便先釋這四種制度的內容，次及民國以來吾國關係戒嚴問題之憲文或律文。

一 戒嚴與法國法 法國法律對於戒嚴問題之解決，在由議會於平時即制定一種戒嚴法，規定戒嚴之原因與種類，以及戒嚴宣告之機關，與戒嚴宣告之結果；遇有戒嚴之原因發生，則享有戒嚴宣告權之機關便得依該法宣告戒嚴；由是該法

註(五二) 參看註(四六)

所預定之種種結果，亦遂可以實現。此爲法制之梗要。然則法國戒嚴法對於戒嚴的原因與種類，戒嚴宣告之機關，與戒嚴宣告之結果；究竟如何規定？

第一，戒嚴的原因與種類　法國學者，依着戒嚴之原因，分戒嚴狀態爲兩類：其一，凡因戰爭地點，或軍事要塞，遽受攻擊，或遽受包圍等非常事變，而宣告戒嚴時，則其所宣告之戒嚴狀態，謂之『眞實的戒嚴狀態』(Etat de Siège réel)（因法語(Siège)之字義，便卽被包圍之意。）其二，凡遇戰爭或內亂等等非常事變，爲施行警備起見，對於未被攻擊或包圍之地域而宣告戒嚴時，則所宣告之戒嚴狀態，謂之『虛擬的戒嚴狀態』(Etat de Siège fictif)。法國法律關於戒嚴之種類，卽係如此分割。

第二，戒嚴宣告的機關　凡眞實的戒嚴狀態之宣告，自然屬於當地之司令官吏；因包圍與攻擊等事實已經產生，且係產生於戰地或軍事要塞故也。至於虛擬的戒嚴狀態之宣告，法國戒嚴法律，爲預防行政機關或其所屬之軍事官吏，濫行宣

告起見，乃認爲必須由議會宣告；如戒嚴原因之發生，恰值議會閉會，則經國務會議之同意總統便得逕自宣告戒嚴；但遇此項事變發生，議會亦得於戒嚴宣告後二日以內，自行集會。[23] 此種規定，便是承認戒嚴宣告權，在原則上，屬於議會，而不屬於行政機關。

第三，戒嚴宣告的結果。 戒嚴狀態，一經宣告之後，其所生之結果，究竟何若？依着法國戒嚴法之規定，則戒嚴狀態的宣告，不論爲真實的戒嚴狀態或虛擬的戒嚴狀態，俱有次之兩層結果：[24] 即（一）民政機關之一切職權（如警察權，司法權等等）在原則上均歸軍政機關享有，但未經軍政機關收管事件，仍由民政機關處理；（二）軍政機關，得依戒嚴法所定之範圍，以限制人民之人身，居住，集會，財產，言論等自由；但個人之自由，未經戒嚴法認爲得由軍政機關限制者，軍政機關仍不能

註[23] Esmein, Droit Constitutionnel 卷下第 161 頁。

註[24] Esmein, 前書卷上第 25 頁。

加以侵犯。

以上兩層結果，自然極其重大；然依着法國此種制度，即在戒嚴狀態之下，法律之效力，仍未嘗一刻失效，因軍政機關，仍須完全受戒嚴法支配，而不能違越戒嚴法之規定，以侵犯人民之任何自由；如竟侵犯，當事者仍須受法律之制裁。簡言之，在法國制度之下，軍政機關，雖於戒嚴時期，亦無變更法律或停止法律之權；其一切舉措，仍純須依法而行。

二 戒嚴與德奧諸國法律 德奧等國人士對於戒嚴問題，歷來有一個特殊觀念。這個觀念便在承認國家行政元首凡遇戰爭，內亂等等非常事變發生，便享有一種頒布『緊急命令』(Notverordnungen)之權。他們稱行政元首之此種權利，爲『緊急權』(Notrecht)。德奧等國之緊急命令制度，與前述法蘭西人之戒嚴制度有兩個根本不同之點：

第一，在法國戒嚴制度之下，遇有戰爭，內亂等非常事變發生，國家雖可宣告戒

嚴，然戒嚴宣告權，在原則上固仍屬諸議會；在緊急命令制度之下，則凡遇戰爭，內亂等非常事變，緊急命令之頒布，便屬諸行政元首；此其相異者一。 第二，在法國戒嚴制度之下，軍政機關（卽享有軍權之行政機關）之舉措，仍應遵循戒嚴法之規定，以是國家之法律嚴格言之，實未嘗因戒嚴而遭行政機關之停止或變更；在緊急命令制度之下，則行政機關之緊急命令，便獲變更法律；此其相異者又一。㉟

由以上兩層歧異觀之，從知緊急命令制度，大足予個人自由以重大之危險。本來此種緊急命令制度，只是君主政體之一種傳產： 蓋在舊日德奧等君主國家，一般原認議會之職權，係以君主於憲法上所曾明白讓與議會者爲限，凡未經君主如斯讓與者，便仍歸君主保留；非常事變時代之戒嚴宣告權，旣未經憲法讓諸議會，說者遂謂君主尙保有頒布緊急命令之權。 德國許多公法學者，如耶律芮克(Jellinek)梅葉 (Otto Mayer) 諸人，且認行政元首之得以頒布如斯緊急命令，純屬

註㉟ Duguit, 前書卷三第 696 頁及以下。

當然之事；依彼等之意，行政元首之頒布緊急命令權，殆卽國家之一種自衞權(Staatsnotsrecht)與私人之正當防衞權約略相似。㊇ 愚意此種意見，在理論上既嫌牽强，在事實上亦太危險；且爲應付緊急狀態計，法之戒嚴制度，似亦已足。

歐戰以前，德意志帝國中之諸邦，如普魯士，巴非維亞，薩格孫，烏騰堡等，其憲法中，率皆明白承認行政元首享有頒布緊急命令權。奧國在歐戰以前，其憲法第十四條，亦復明認奧皇有以緊急命令代替法律之權：依該條之規定，凡遇非常事變發生，而議會適値閉會時，一切事件之必須由議會決定者，奧皇得不經由議會決定，而逕以命令決行。

但德國諸邦之憲法，雖明認行政元首保有頒布緊急命令權，一八七一年德意志帝國憲法，卻未嘗如斯承認（德國公法學者，亦頗不認德皇享有此權。） 然一九一九年德國憲法，卻又明認德國總統享有此權 依該憲第四十八條之規定，

註㊇ Esmein, 前書卷下第 86 頁。

凡遇國家之公共安全與秩序，發生重大危難時，總統便得逕採必要之手段，以恢復公共安全與秩序；爲達此項目的，總統並得暫時停止憲法上所列人民之人身，居住，書信，祕密，言論，集會，結社，財產等自由之一部或全部，總統不過須於事後及早報告議會耳。　巴非維亞今之新憲法則並此事後追認之手續亦未規定。

日本模擬德奧制度，其憲法第八條，亦有『天皇爲保公共之安全，與避公共之災害，事關緊要，於議會閉會時，發代法律之勅令。　此項勅令俟至次會期，應提交帝國議會會議，如議會不承諾，政府應宣示其不能生效於未來。』

三　戒嚴問題與英國法　英制，一方面既不於平時預先制定一種戒嚴法；儲爲非常事變時期之用，亦不承認行政機關，一遇非常事變發生，卽得自頒緊急命令，變更既存之法律。　以是英制實與法制及德制，俱不相同。　依照英制，卽在非常事變之下，行政機關亦不得逕自逾越平時法律所規定之權限而有所動作；倘有必要，只可臨時請求議會通過新法律，授予行政機關以較大之權力；新法律成立後，行政

機關乃能根據新法律之所定，以增加人民自由之限制。

但英制限制行政機關，既如斯其嚴，自亦不得不設一個特殊方法，以資調劑按照英制，凡遇緊急事變發生，行政官吏如果不及俟議會通過新法律授以應付事變所必要之權力，則當事官吏之自處，儘有兩途：或則守法而聽秩序之糜爛；或則逕採法外手段，以維持社會之秩序與安全。第一種行爲，雖有利於國家，在法律上則仍爲違法行爲；仍須受法庭之制裁；但政府得於事後請求議會通過一種『赦免法』(Act of Indemnity) 以赦免之；經議會通過如斯之法律案，當事人便可脫逃其違法之責任。(五六)　這便是英制所設之調劑方法。

英國法中，有所謂騷擾法 (The Riot Act) 者，亦係爲對抗非常事變而設。然該騷擾法之性質，只是承認國家行政官吏（軍事的或民事的行政官吏，）於非常事變發生之頃，（如國境之遽受敵人攻擊，國內人民之革命與暴動等時期）得以

註(五六)　以上詳見 Dicey, Law of the Constitution, 第八章及 Note X.

武力撲滅叛亂人民之叛亂行為；並未承認此類事變一經發生，行政機關便獲執行一切民政職權，或以命令限制人民之自由；亦未承認任何行政機關，得以緊急命令變更法律。以故英之騷擾法，並非一種法國式之戒嚴法，亦非一種承認緊急命令權之德國式的法律。但歐戰以後，英國社會鑒於同盟罷工之危險，已於一九二〇年通過一種法律，名為緊急權限法（The Emergency Powers Act）；依據該法，行政機關於同盟罷工事實發生之時，為維持燃料，飲料，食物等必需品之供給，便得宣告戒嚴，逕以行政命令，授予政府各機關以維持和平與此類供給之必要職權㊟ 這實在與法國式之戒嚴法不無相似，不過此種戒嚴法律，只適用於同盟罷工之場合而已。一九二六年五月英國勞工界總同盟罷工發生，政府卽曾依據此法宣告戒嚴。從知英國固有制度，事實上亦有難於保持之勢。

四　戒嚴問題與美國憲法

美制與英制甚相似；所不同者，英制僅以限制行

註㊟ Emden, Principles of the British Constitution（倫敦一九二五年版）第28-29頁。

政機關之權力為目的，議會之權力，則在變亂或承平之時，俱不受任何束縛；美之聯邦議會，則雖在變亂之時，亦尚受聯邦憲法之束縛。以是，凡值非常事變發生，英之行政機關，雖不能逕以命令限制人民之自由，而英之議會，則能以法律增加人民任何自由之限制；因為英國原無成文憲法以束縛議會之立法權。反之，美國聯邦議會，則亦如美國聯邦行政機關，其職權係受憲法限制；即在戰亂之時，凡憲法上所列舉之諸種自由，除經憲法明認得由議會於戰時加以限制者外（例如出庭狀制度，該憲即已明認議會得於戰亂時停止，）議會亦無變更或停止之權；因美人率認該憲於平時戰時享有同一之效力故也(六十)

五　戒嚴與吾國法律

民國元年三月十一日臨時約法第三十六條規定行

註(六十)　此係美國學者之一種解釋，該憲初未明白規定。他國憲法，並有以明文規定議會或其他機關，無論如何，不得停止憲法者。例如比國憲法第一三七條，便有「本憲法不得為全部或一部分之停止」的規定

政元首『得依法律宣告戒嚴。』 本此條文，則戒嚴之宣告及其結果，自須隨議會所制定之戒嚴法而定。 議會於民國元年十二月曾制定戒嚴法。

民國元年十二月戒嚴法，分戒嚴狀態為兩類，其一謂為接戰地域之戒嚴；其二謂為警備地域之戒嚴。 各種戒嚴之宣告，屬於總統，或當地之司令官吏。 戒嚴之結果，則為(一)當地行政及司法事務之管轄權，移屬於軍事官吏，但在警備戒嚴地域以內，此項事務之移歸軍事官吏者，應以與軍事有關係者為限；(二)軍事官吏於戒嚴區域內，得停止人民之集會，結社，出版，書信秘密等自由，並得限制人民之財產，居住，人身等自由。 凡斯規定，大體實與法國制相似；所不同者，法制係認戒嚴宣告權，在原則上屬諸議會；民國元年之戒嚴法，則以此權完全畀諸行政機關耳。

民國三年中華民國約法（卽所謂袁氏約法）關於戒嚴問題，一面承認總統須依法律宣告戒嚴（第二十六條），一面仍設為『大總統為維持公安或防禦非常災害事機緊急不能召集立法院時，經參政院之同意，得發布與法律有同等效力

之教令；但須於次期立法院開會之始，請求追認前項教令，立法院否認時，嗣後卽失其效力』之規定（第二十條。） 這自然仍是德奧日本等國緊急命令制。

民國二年天壇憲法草案中，與戒嚴問題相關者原亦有兩項條文： 該草案第七十一條，規定『大總統依法律得宣告戒嚴，但國會認爲無戒嚴之必要時，應卽爲解嚴之宣告。』 又該草案第六十五條規定『大總統爲維持公共治安，防禦非常災患，時機緊急，不能牒集國會時，經國會委員會之議決，得以國務員連帶責任，發布與法律有同等效力之教令。 前項教令須於次期國會開會後七日內，請求追認，國會否認時，卽失其效力。』 此第六十五條之規定，自然也是德奧日本等國緊急命令主義。 但該草案之此項條文，於民國六年二讀會時卽已删去。 以是民國十二年中華民國憲法，只保留該草案原第七十一條之規定（該憲改爲第八十六條。）準是規定，戒嚴宣告權，仍屬行政機關，而不屬於議會；但行政機關，於戒嚴時期，亦須遵循法律而行，初不得以命令變更法律；且議會認爲無戒嚴之必要時，行政機關，便

須宣告解散。更據該憲第一百六條「法律非以法律，不得變更或廢止之」之規定，及第一百四十一條「憲法非依本章所規定之修正程序，無論經何種事變，永不失其效力」之規定，則行政機關之不能以命令變更法律或憲法，固屬顯然，卽議會亦永不能以法律變更憲法。

第二節　積極的基本權利

前節所述之個人自由，只是國家所不能侵犯與必須禁止侵犯之基本權利；其性質是消極的。國家之必須承認此種消極權利，原因於此種自由，有關於個人身體，智識，與道德之發展，已如前述。然國家如欲助長個人的發展，初非僅僅履行此種消極義務所能奏功。以是列國晚近法律，類皆承認國家尙須積極地履行若干種義務，以助長人民身體，知識，與道德之發展；甚至於憲法條文之中，卽設爲此類積極的義務之規定。此類義務便構成人民積極的基本權利。此種權利之最著者，

有如次之諸種：

第一，受國家供給最小限度的教育之權利。 欲令一切人民享有發展其個性之機會，自不能不承認一切人民，須受最小限度之教育。 然僅承認人民有受最小限度教育之義務，而不設法組織國立義務教育學校或津貼私立義務教育學校，俾一切人民，事實上得有受學之地，且令貧者亦不至因學費，書籍費，甚或飲食費，而受窘迫，則凡關於義務教育之規定，終不能完全實行。 以是近代文明諸國之義務教育，俱不得不爲一種無給教育；換言之，卽國家對於一切人民，便不能不供給以最小限度之教育 一九一九年德國憲法且已將國家應使義務教育成爲無給教育之原則，列諸憲文（該憲第一四五條）。 英法等國之義務教育，亦已久成無給教育；甚或學校之飲食，對於貧者亦採無給主義。

第二，社會間弱者受國家救卹之權利。 現代國家大率承認國家對於人民之因廢疾，年老，而無法自存者，負有救卹之義務；此類人民類得要求國家之給以醫治，

衣食，與居住。　國家之此種救卹義務，卽構成一般之所謂生存權。　在許多國家中，國家之救卹，且不限於廢疾或年老之貧民；而涉及其他弱者階級；如對於孕婦，私生兒，貧兒，之救卹是。　一九一九年德國憲法，以及新近憲法之模擬德憲者如猶戈斯拉菲亞，波蘭等國憲法，對於這些弱者階級之保護，莫不設有明文。

第三，勞工階級受國家特別保護之權利。　列國晚近法律，對於勞工之保護，已逐漸擴充其範圍，如規定最小傭金，限制作工時間，施行强制保險，與特別保護女工與童工之類是。　然此種保護，大都仍不過國家對於勞動與資本兩階級所加之干涉；近則許多國家，並且承認國家須以自力輔助勞工階級；如對於勞工居住問題，則由國家建築房屋以廉價租與工人之類是。　此外對於勞工之不能覓得工作者，亦復由國家設立種種紹介工作之機關，以助其尋覓工作；如英國政府自一九〇九年以來在全國各地所設立之(Labour Exchange)，與法國政府自一九〇四年在各市所設立之(Bureau Municipal de Placement)是。　然英法雖由國家設立如斯紹介

工作之機關，卻尙未承認人民之失業者，有要求國家代謀工作之權利；今則德國新憲法，一面承認人民有工作之自由與工作之義務；一面復承認國家對於失業之人民，有代謀工作之義務，倘國家不能代謀工作，國家便有供給其生活之義務（該憲第一六三條）；此則較諸一般文明國家，更形急進矣。

近年以來，吾國各省省憲或草案，以及民國十二年四月北京議會憲法起草委員會所提生計，教育等章草案，對於上述諸種權利，亦大都模擬德憲，設有相類似之規定。

第二章　人民的基本義務

前章所述，只是人民的權利。　國家之必須承認那些權利，只是因爲那些權利爲個人優性發展之條件。　然個人優性之發育，亦非僅由國家承認那些條件便可實現。　爲使個人優性得以發育，國家於承認那些權利之外，尙不能不強迫人民履行若干種義務。　所以現代一般國家之憲法，於宣示個人權利而外，往往同時宣示人民負有若干種義務。

在一七八九年法蘭西制憲時代，卽有少數人主張於人權宣言之中，宣示人民義務；然此議初未爲當時人士所容納。㈠　但法蘭西『第三年憲法』（卽一七九五年憲法）卻以權利與義務並舉，其第一章之標題卽稱人民權利與義務之宣告。

註㈠　Esmein, Droit Constitutionnel 上卷第 557 頁。

這便是近代憲法並舉人民權利與義務之起原。一八四八年法蘭西憲法，本帶社會主義之色彩，自亦以權利與義務並列。一九一八年歐戰結束而後，歐洲諸國之新憲法，大率模倣一九一九年之德憲，對於個人權利與義務各爲極冗長之規定。

惟是法蘭西大革命時代之憲法，雖已有關於個人義務之宣示，其所宣示固極簡單：『第三年憲法』所列舉之個人義務，綜言之便不外(一)服從法律；(二)尊重財產；(三)負擔租稅；與(四)捍衛國家數項。㊀ 這幾項義務，自然是個人必須負荷之義務；因爲人民如果不負擔這些義務，國家的組織與社會的秩序，根本的就無可創造或維持；因之，個人一切自由，亦俱無從鞏固。

晚近憲法亦往往明白宣示這幾種義務，其範圍亦往往較形擴大： 第一，依十

註㊀ 該憲將納稅一層列入人民權利部分，未列入人民義務部分；蓋該憲之所重視，在人民各依其經濟能力平等納稅。 該憲全文見 Duguit et Monnier, Les Constitutions de la France depuis 1789。

八世紀時代人士之觀念，財產自由是個人權利，個人義務只在尊重他人之財產自由；近今許多國家之憲法，個人義務卻不如此狹隘；他們認為個人並且有運用其財產之義務。　第二，依十八世紀人士之觀念，人民不過有依其能力負擔租稅之義務；至於『自然增價』稅，遺產稅以及其他含有社會主義性質之負擔，卻不見得能為當時人士所容納；今則有些國家之憲法，不僅明定人民有依其能力納稅之義務，並且以此類租稅明定於憲文之中。(三)　第三，捍禦國家之義務，不過是承認國家可以強迫人民服兵役，卻不一定承認一切健全之國民必須受軍事訓練，服義務兵役；今則許多國家之憲法，不僅承認兵役可以加諸國民，並且承認一切健全國民，必須受軍事訓練，服義務兵役，——即所謂徵兵制。(四)　誠然，法國自一八七六年即已勵行徵兵制——論者並認法國一七九八年徵兵法為近代徵兵制之起原——然當時

註(三)　例如一九一九年德憲第一三四，一五四，一五五諸條。

註(四)　例如一九二〇年捷克斯拉菲亞憲法第一二七條之規定。

反對該制者殊衆，且該制在大革命時代亦未嘗列入憲法。㊄

晚近憲法，不僅如上所述，取十八世紀人士所承認之人民基本義務，而擴大其內容。晚近憲法並且往往增設新的義務：在這些新的義務之中，最重要的自然是受最小限度教育之義務。欲令一切人民之知識，道德與身體俱有發展之可能，自不得不令一切人民俱受最小限度之教育。以是十八世紀後半葉以來，一般文明國家之法律或憲法無不有義務教育之規定。在文化較高之國，近來且將義務教育之期間，特別延長，而令一切人民不獨有受初級教育之義務，抑且有受中級教育之義務。例如一九一九年德國新憲法第一四五條規定人民於未滿十八歲以前俱爲義務教育年齡，是。自然，此項義務之履行，國家祇能責諸應受義務教育的兒童之家長，而不能責諸應受義務教育之兒童。故此項義務，實際上只是家長之義務。其次便是工作之義務。如僅認人民有工作自由，而不承認人民有工作之

註㊄　法國一八四八年憲法軍事章卻有徵兵制之規定（Duguit et Monnier 前書第245頁。）

義務，則人民的身體、知識，或道德之發展，仍或不能實現，因爲享有工作自由之人，也許竟不利用他的此項自由而成惰民。 在法蘭西大革命時代，一般人士崇信個人主義之說，自然只承認人民工作之自由，而不承認人民工作之義務；因他們以爲國家的職責只在給予人民自由發展之機會；至於人民是否利用此機會，儘可聽諸人民之自謀。 但承認人民有工作之義務，事實上確將有種種困難發生，以故晚近文明諸國，亦尙不敢以律文承認此項義務。 一九一九年德國憲法雖亦承認人民兼有工作自由及工作義務，然亦僅認此項義務爲道義的義務而非法律的義務（該憲第一六三條；）亦卽以此。 第三，爲服務國家之義務。 當兵義務自然亦是一種服務國家之義務；然在現代國家中，人民爲國家服務之義務，初不限於兵役。 例如列國法律，有認選舉時之投票爲人民之義務者，有認法庭陪審爲人民之義務者，甚至地方或中央議會之職務，亦有認爲義務性質之職務者。 此項義務性質之職務，有由國家給予報酬者，亦有全不給予報酬者。

吾國臨時約法僅規定人民『依法律有納稅之義務；』及『依法律有服兵役之義務。』　十二年中華民國憲法除於第十九及第二十兩條規定人民依法律有納稅及服兵役之義務外，其國權章中並有『國軍之組織，以義務民兵制爲基礎，』及『義務民兵，依全國徵募區分期召集訓練之』等規定（該憲第三十二條）。這是對於常備軍，廢棄現行之募兵制，而採取徵兵之原則。　該憲並規定人民依法律有受初等教育之義務。　近年湘浙等省省憲或省憲草案，對於兵役及義務教育問題，往往不僅規定義務民兵制，並且規定義務民兵訓練之期間；㈥不僅規定義務教育，並且規定義務教育之期間。㈦　至於工作義務問題，民國十二年四月北京議

註㈥　例如民十一湘憲第八八條云：『全省之健全男子自滿二十歲至滿四十歲，依義務民兵制，平時，合計須有十二個月在軍中服務。』　此種義務民兵制訓練期間甚短，與瑞士兵制相似，與一般國家之徵兵制不同。

註㈦　例如民十一湘憲第七五條『全省人民自滿六歲起，皆有繼續受四年教育之義務』的規定。

會憲法起草委員會所提生計章草案，及民國十四年段政府國憲起草委員會所草定之中華民國憲法案，俱設有『國民有不背善良風俗爲精神上或體力上勞動之義務的規定。』 這較一九一九年德憲之所規定尤爲急進，因爲德憲還承認工作義務只是一種道義上之義務，此則並未明認此種義務爲道義上之義務。 自然，以法律的條文，宣示某某義務爲道義上之義務，在形式上殊爲不當，然此類義務如竟認爲法律義務，事實上律文所定又難免不成具文。 一則因爲律文對於不工作者所設之制裁，勢難嚴格實行；一則因爲國家如果要强迫人民作工，則對於無數求工不得之失業者，勢不能不代謀工作。 這不獨難以期諸吾國，卽歐州諸國之政府，對於失業問題，亦往往無法措置。 所以工作義務之原則，我們儘管應該承認，在法律的制裁與國家的救濟未易實施以前，仍以不入憲文或任何律文爲宜。

第三編　公民團體

概括地說，公民這個名詞，係指享有參政權的人民而言。　因為甲國公民所享有之參政權，其範圍或與乙國公民的參政權不相等量，以是甲國之所謂公民，與乙國之所謂公民，亦或不可等視。　所以公民這個名詞，在一國有一國的涵義。

有些國家，政權完全操諸政府，甚或操諸政府中一個獨裁君主，而毫不賦予任何國民以參加國家政策決定之機會；如一九○五年以前之俄國，與清季資政院章程及各省諮議局章程尚未頒布以前之中國，是。　在這類的國家中，直可謂公民團體全不存在。　有些國家，公民團體是存在的，然公民之職權，限於選舉權，如現今英法諸國及臨時約法下之中國，是。　以故在這類國家中，公民嘗與選民混稱。　有些國家，公民團體不獨享有選舉權，抑且享有其他參政權，如直接造法，與直接罷免官

吏議員等權，是。

本編的範圍，在依據學理與實例，論述（一）公民選舉權；（二）公民直接造法權；（三）公民直接罷免權。

第一章　公民選舉權

第一節　選舉權的性質

所謂公民的選舉權，便即公民得以書面的或非書面的方法，同着其他公民，選定國家立法機關或其他機關的人員之權能。　這種權能的本性，究竟是公民的一種權利，抑是公民的一種職務？　學者間對於這個問題，頗有些不同的議論：

一　選舉權爲國民的固有權利說　在十八世紀法國大革命期內，有一部分的人，便將選舉權完全看作國民的一種固有權利。　所謂固有權利，即國民的國民

資格上當然享有之權利；初無俟於國家憲法或法律之賦予，亦非國家憲法或法律之所能予奪。 此種理論，係根據盧梭之民權主義，與盧梭對於人民投票權之觀念而來。㊀ 承認此種理論，將有兩種重大的結果：第一，選舉權旣爲國民的固有權利，則不論在何種社會，與何種時代，一切國民，俱須享有此權。 凡幼年人，或有精神病的人，或犯罪者，因其尙無表示意志之能力，或因其顯有妨害社會生活之事迹，自然仍可除外；然除此而外，國家便不能任意予奪國民之選舉權。 第二，選舉權旣爲國民之固有權利，則享有此權者，便將有行使此種權利，與不行使此種權利之自由；換言之，卽選民應有投票與不投票之自由。

此種固有權利說，在理論上旣不免失之虛玄；就實際的利益講，此說的兩種結

註㊀ Rousseau, Contrat Social, liv. III. ch. I. et liv. IV. Chap. I. 盧梭思想及法國大革命時代認選舉權爲固有權利者之議論，詳見 Carré de Malberg, Théorie Générale de l' Etat. (1922) t. II. 第 424 頁及以下。

果，亦難遭吾人之盡量承認。 倡導此說者原意原只在對抗十七八世紀間歐洲諸國選擧制度；因爲當時之選擧權，限於貴族，僧侶，及有產階級，而不及於一般人民故也。 此等限制，自然應予以排斥；然爲排斥此種限制，遂造爲固有權利之說，亦實不免矯枉過正。

一 選擧權爲社會職務說 有一派人，不認選擧權爲固有權利，而認爲選民之一種社會職務。 依着此派的觀念，選民的選擧權，不是一種國民固有的權利，而出於國家之賦予；國家之賦予選民以此權，根本上爲的是社會的利益，並不是爲着私人的利益；選民之行使選擧權，亦當認爲係以國家名義而行使。 亦當爲着國家的利益而行使。 簡言之，選擧權便是國家法律授予選民之一種職務。 法國大革命時代，大多數人，似已傾向此說。 十九世紀以來，德國學者，歷來皆否認固有權利說，而認選民團體爲國家之一種機關；選擧權爲選民之社會職務。 依據此說，便要得着兩種結果，而皆與第一說相反： 第一，選擧權既爲一種社會職務，則此種職務

之授予，國家自可依着社會的利益，而設定相當之資格。 誠然，此種資格之設定，殊不能出以武斷的態度，而應基於理性的考慮；然在原則上講，資格畢竟可以設定。第二，選擧權既爲一種職務，則享有此權者便有履行其職務之義務；由是國家對於選民，如施行『强制投票』應亦理論之所許。

三 選擧權兼具權利與職務兩性說 持此說者，以爲選擧權固爲選民之一種職務，然亦同時爲選民之一種權利；惟茲之所謂權利，初非國民的固有權利，而爲國家法律所授予之權利耳。 此種權利之存在，自何見之？ 列國法律，大率承認凡依法享有選擧權資格之人民，如被國家官吏無意或有意遺漏，當事人民，得向法庭起訴，以維護其資格，而達履行選擧職務之目的。 說者以爲此種規定，便是選擧權爲一種權利之特徵。

愚意亦覺選擧權兼具權利與職務兩性： 選擧權之授予，一方面固是爲着國家的組織，一方面亦是欲令私人得以表示其意見與情感。 故謂選擧權之授予，純

是爲着社會利益，而非爲私人利益，亦殊言之過當。由是，選舉權固亦不能僅認爲職務而非權利。惟是選舉權雖含有權利的性質，其與私人之普通權利，究有不同：私人的普通權利，大都可以割讓於他人，或委人代爲行使，或因宣言拋棄而遂消滅；按諸一般國家選舉法，選舉權則爲不可割讓，不容委託，與不因自行宣言拋棄而消滅之一種權利。其在採用强制投票之國家，當事者且有不能不履行其權利之義務。以故在一般國家的選舉法上，選舉權實可目爲一種賦有職務性之權利。此類權利，在公法上或私法上亦未始毫無其例，如列國公法上所承認人民之陪審權，與私法上所承認父母對於幼年子女的財產管理權，皆是因爲享有此類權利之人，一方面固有行使陪審權，或管理子女的財產權之權能，一方面卻亦有參預陪審或代子女管理其財產之義務。

第二節　選舉團體的組成

行使選舉權的團體，究應由什麼分子組成？ 關於此層，我們應該討論的有以下的兩點：第一就是限制選權制與選權普及制之別；第二就是地域代表制與職業代表制之別。

第一目 限制選權與選權普及

一 限制選權與選權普及的區別 凡於年齡，國籍，無精神病，與未受刑事處分，諸條件而外，復規定其他資格，以為取得選權之條件者，可謂之為限制選權制。反之，如於年齡，國籍，無精神病，與未受刑事處分等條件而外，不設定其他資格，則可謂為選權普及制。

在行限制選權制之國，其於以上諸條件而外所設定之特殊資格，亦隨各國而異：有注重財產資格者；十八世紀期內英國及其美洲殖民地之選舉權資格，與法國第一次大革命初期所規定之選舉權資格，便皆如此；今之採用限制選權制者，亦大率如此。 有注重教育資格，或兼重教育與財產兩項資格者；意大利於一九一二

年以前，其議會選舉權之取得，必以納若干租稅，或曾受相當教育者爲限，即其一例。有注重性別的資格者；歐戰以前，一般國家所採用之選權普及制，實只普及於男子，並不令女子享有選權；以是一般人士之稱用選權普及，亦只以男子選權普及爲言；今則一般人士之稱用選權普及，漸漸指着男女選權普及而言；其對於選舉權之取得，尙設爲性別的限制者，漸不復儕諸選權普及之列矣。

財產，教育，與性別三項資格，不過是衆多國家所曾採用之限制條件。此外尙有採用其他條件以限制選權之取得者；如英國下議院選舉法歷來設爲獨立的『住宅』(Occupation)之條件，葡萄牙選舉法歷來設爲能識文字或身爲家長之條件，皆是。極大多數國家，並皆設定居住期間，爲選舉權資格之一(即在某選舉區取得選舉資格者，須於選舉舉行前曾在該區域居住滿若干時期。) 能識文字，與居住期間之兩個條件，即在許多號稱選權普及之國家，亦嘗存在。居住期間之條件，近來頗受列國社會黨及勞工團體之反對，因爲勞動工人事實上往往不能在

任何區域內爲長期間之居住；而鐵路工人海員工人等爲尤甚。以是列國法律令雖仍設有此項條件，而其所定之期間卻亦有縮短之趨勢：例如一九一八年英國衆議院選舉法，便僅定居住期間爲六個月，是。

晚近以來，因民治運動之猛進，與國民教育之普及，選權之普及已成文明國家之通例。歐戰以後，在衆多國家中，選權並已普及於男女兩階級。在此選權普及的潮流中，特樹一幟者，則爲蘇俄。蘇俄選舉法採用限制選權制，然其限制條件，不是性別，教育或財產，而是工作。一切作工者，滿十八歲時俱得行使選舉權；反之，一切『非工人』(The Non-worker)則皆不得享有選舉權。因此，商人，以及雇用勞工以圖利潤，與倚賴利息以維生活之人，甚至僧侶，宗教師，俱被屏於選民團體以外。

二　限制選權與選權普及的理論

主張限制選權制者之理論與主張選權普及者之理論，約略言之，可如次述：

列國之採用限制選權制者其限制條件，彼此雖不盡一致，然除蘇俄而外，大致

不外男性，財產，與教育之三個條件。　男性這個條件，將如以下所述，差不多可以說是全無根據。　主張以財產爲限制之條件者，大概亦不外次之幾種理由：　或則以財產爲智識或教育之表徵。　此種理由之能否成立，自然要看在一個國家中，有產階級之智識或教育，究竟高出於其他階級與否；在現今義務教育已經普及，或且已經提高之國家，財產已不足爲智識或教育之量度表。　或則以財產爲納稅之表徵。然選舉權原只是國家授予一般有相當能力的人民之職務，並非國家對於納稅者特別設定之一種酬答。　或則以有產階級爲最能愛護政治秩序之階級。　法國第一次大革命時代，頗有持此種見解者。　依着此種見解，選舉權之必須屬諸有產階級，便只因有產階級對於社會秩序，獨有愛護之誠心；有產階級之所以如此，即因其享有財產之故。　此種見解之是否正確已屬疑問；即令正確，彼有產階級所愛護之秩序，亦或只是與彼有利之一種秩序；倘以選舉權完全授諸彼輩，揆諸國家應爲人民全體謀利益之義，亦殊無當。　以故財產這個條件差不多也可根本否認。　教

育這個條件，我們雖不能不認爲有相當之理由（因爲選舉權既係一種社會職務，則賦有此種職務者，自係有相當之能力，）然在教育普及的國家，這個條件亦用不着；因爲選舉雖係一種職務，其所需要之資格，究不必甚高，如果一切國民，俱經受過初級教育，則卽令選權普及，固亦無妨。　至於蘇俄選舉法上之工作條件，在形式上雖似合理，實則承認此項條件便卽承認階級戰爭與無產階級專制；從全民政治之立點看去，此項條件，與十八九世紀期內一般國家選舉法上之財產條件，同樣地不合理，而危險或不免更甚。

歷來主張選權普及者，大率不外基於次之兩種見解：　其一，以爲依據民權主義，選權便應普及。　此種見解，係認選舉權爲國民之固有權利，係認主權屬諸各個人民（盧梭認各個人民俱享有主權之一部分；例如一國之中，如有六千人民，每人便有六千分之一的主權。）　主權既屬諸各個人民，則爲使各個人民有行使主權之機會起見，選權便有普及之必要。　此種理論不免遭人攻擊；卽近今之沿襲民權

主義者，亦往往不能附和此種見解，而認主權屬於人民全體，並不屬於各個人民。其二，以爲依據樂利主義，選舉權應當普及。英國樂利主義者邊沁諸人之主張選權普及，立論大率如此。此派以爲一切人民皆有『苦』與『樂』之感覺；國家之目的，在爲最大多數人民謀最大樂利；欲達此項目的，惟有令各個人民，各自表示其所希冀之樂利，因爲一己之苦樂比較上應以本己之感覺爲最親切，本己之觀察爲較真實可靠。以是，選權乃有普及於一切人民之必要。故在此種見解之下，選權。普及，不是一。個。權。利。問。題，而是一。個。功。用。問。題。此種學說，自含有相當之真理；惟是人民對於本己之真正樂利，能否有極明瞭之觀察，能否較他人之代爲觀察者更形明瞭，仍當視其知識或教育程度何若；以是選權普及，究亦不能認爲一切國家所能採用之一種制度。實際上，即主張樂利主義說者，亦初無如斯之結論。

綜之，選舉權是含有社會職務性之權利，凡行使此權之人民，自不能不具相當之能力。以是，在原則上，國家的法律，可以設定教育資格。然除教育的資格而外，

其他資格類皆非行使此種職務之必要條件，故皆可目爲非理性的條件。　卽教育條件之應否設定，實際上亦當視一國人民之教育狀況而定；在教育已經普及之國，亦無設定特殊教育條件之必要。

三　女子選舉權及被選舉權問題　選舉權既爲一種含有職務性之權利，則女子之宜否享有選舉權及被選舉權（被選舉權自然亦是一種含有職務性之權利，）自只須討論女子之能否勝任此等職務，初無須更作種種不相干涉之討論；然晚近以來，因列國女子參政運動進行之猛烈，遂誘起許多反對的議論，同時主張女子參政者，亦復發表種種議論，以相對抗。　這些反對與主張的議論，在女子參政已經實現的國家中，雖已漸成陳迹，而在女子尙未取得參政權之國家，仍足當一般人士之注意。　茲先就反對者之諸種議論，簡爲評述，次及主張者所持之理由。

第一，有援據生物學上進化公例，反對女子參政者。　此派人士，希冀於常識以外，求得反對的根據，以聳動聞聽。　持此類反對論者，以爲按照生物學上所觀察的

種進化公例，則凡動物愈進化，男性與女性之分亦愈著明（最下等動性，甚至有併男性女性於一身的）如令女子參政，男女的職務，遂趨於一律，男性女性的差異，便不免減少；這便要演爲人類退化現象。 這個公例，究竟存在與否，自非我們治法政學的人所能斷定，卽令這個公例確然存在，論者之推論，是否正確，亦或仍屬疑問。而依美國學者瓦德（Lester Ward）氏之『女性中心說，』則生物之進化，且全賴乎女性；人類未來之有無猛烈進步，且純恃社會勢力是否以女子爲中心（瓦氏亦爲兼治生物學與社會學之人。）

第二，有認女子之身體，智識，或道德，不能參政者。 持斯說者，以爲女子的身體上，確有一種狀況，足爲女子參政的大障礙；這便是生育事體。 此外還有援據生理學心理學上的觀察，認女子的天然智力與德性不及男子，而不能使之參政者。 彼等以爲女子參政勢不免使政治人才，與政治道德，日形退化。 凡此諸論，實按之俱不能根本的否認女子參政之原則。 何則？ 生育問題，除非體質特別脆弱之女子，

亦不見得便爲女子參政的重大障礙；尤不必爲行使選舉權之重大障礙。 而且生育的事體，初不必爲一切女子必有的事；尤非任何女子畢身皆有的事。 至於女子天然的智力與德性，是否劣於男子，在學理上亦尙無定論；卽令女子天然的智德較弱，亦決非一切女子俱劣於男子；由是女子參政之原則亦初不因是而可否認；因爲選舉權這種職務，雖須具有相當能力之人始能行使，然欲實現這個條件，固亦只須屏除極惡劣的分子（如罪犯，精神病人，或毫未受教育之人）於政治權力之外，初不能僅以此權授諸最優秀之國民——列國之以選權普及於男子階級者，亦只屏除罪犯，精神病人等二三種分子，於選民團體以外。

第三，有援據分工原則，反對女子參政者」 反對女子參政的人，也有不承認男女天然能力有優劣之分的；但是他們卻又承認男女的天然能力，有種類之別。 他們以爲男子有男子的特長，女子有女子的特長；如令女子參政，便不免違反天然分工的原則。 我們亦承認分工現象愈進步，人類的知識與物質幸福亦愈進步；因爲

分工的原則，是叫各個人各利用他的特長，至最大限度。如女子參政，果與分工原則相背，我們對於女子參政的原則，亦或應該反對。但是援據分工原則反對女子參政的人，可以說是由於誤解分工原則的意義而來：分工的原則，只是叫個人與個人分，並不是叫男子與女子分；因爲一個男子有一個男子的特長，一個女子有一個女子的特長；並不是一切男子都有某種特長，一切女子都沒有某種特長。以故否認一切女子的參政權，實際上轉有破壞分工的原則之嫌。

第四，有謂女子既不能服兵役，便不應享有參政權者。此種議論，亦只是聳人聞聽之詞。其實兵役與參政權，並沒有連帶關係；其在採用募兵制之國家無論矣；卽在一般採用徵兵制的國家，凡享有選舉權或被選舉權的人，亦不必皆服兵役（如體質較弱或逾若干年齡以上之男子皆是，）而服兵役的人，於其服役期內且不獲有選舉權或被選舉權（列國法律類皆停止現役軍人的選舉權，甚或被選舉權，）卽此可見兵役與參政權毫無關係。本來，兵役與參政各是一種職務，其所需

要之資格既不相同，亦自不能强爲設定因果之關係。

以上所述的幾種議論，是反對女子參政者所持之幾種重要理由；其不甚健全，已如上述；此外理由尤形稚弱，實無一一評述之必要。反之，主張女子參政者，不特認女子參政在原則上應該承認；而且根據種種事實認女子有自行參政之必要。這些事實之最著者：其一，爲男女教育之不平等。現時各國對於女子教育，仍有不免漠視者；卽在文明國家，其國家歲費中之女子教育費，亦嘗與男子教育費相差甚遠。其二，爲男女在法律上所享權利不平等。關於財產，繼承，婚姻，女子行爲能力，親權等問題，列國法律對於男子與女子，大率不予以完全平等之待遇。其三，爲女子人格的保障不充分。列國法律，對於娼妓營業，與販賣人口等事，都無澈底殄除之決心與辦法，這是主張女權者衆口一聲所指摘之事實。此外關於女子人格的保障問題，英美女子參政黨人，並往往指摘列國法律，對於『同意年齡』(Age of Consent)（凡幼年女子，未達法定特殊年齡時，如有與男子姦亂情事，則不論事實

如何，法律將認該項姦亂行爲，出於男子之誘惑或强迫，而非出於女子之同意；此項法定年齡謂之同意年齡）不免規定得太低，而使幼年女子缺乏適當之保障（吾國刑律歷來僅定同意年齡爲十二歲，近始改爲十六歲）其四爲女子職業的保障不充分。在現時自由的國家，男子雖有揀選職業之自由，然政府機關之職務，甚或社會的職務，往往仍有禁止女子加入之事；就是男女得以同樣加入之職業，報酬上亦嘗有男女之別。這些事實是否完全由於女子之未嘗參政，亦或可成疑問；然徵諸列國經驗，這些事實，於允許女子參政而後，已發生不少的變更，卻無可否認。

歐戰以前，女子之享有選舉權或被選舉權，差不多限於北歐諸邦（羅威，丹麥，瑞典，芬蘭）英屬紐斯蘭及澳大利亞諸殖民地，與美國諸邦中之若干邦。歐戰而後，列國乃相率授女子以選舉權及被選舉權；今則列國中已授女子以參政權者已達二十餘國之多；在歐洲諸國中，除法國，比國，西班牙，葡萄牙，希臘，及猶戈斯拉非亞數國而外，已無不授女子以選舉權及被選舉權。但女子取得選舉權之資格，在少

數國家中，仍不與男子平等；英國卽其一例。 茲約略說明英國女子參政運動之經過以及英國新近選舉法關於女子參政權之規定。

十九世紀中英國首倡女子參政之說者爲彌勒（J. S. Mill）。 彌氏於所著代議政府書中主張女權甚力。 彌氏夫人於一八五一年亦曾於英國有名雜誌 Westminster Review 中，著論提倡女子參政。 於是女子參政問題漸引起英國社會注意。 彌氏於一八六五年被選爲衆議院議員；恰値議會討論衆議院選舉法修正案。 彌氏因竭力主張給女子以選權，並提議將修正案中之 Man 字，概以 Person 一字代之。 然彌氏提議終遭否決。 但自一八六九年以後，英國女子卽陸續取得各級地方議會的選舉權。

英國女子參政運動之完成，歷時五六十年。 在這個長期間中，女子參政問題卻從未演成一個政黨間爭執問題： 贊成的不純屬一黨，反對的亦不純屬一黨。 但英國女子參政運動的發展，與英國政黨競爭，卻有一種很有趣味的因果關係。

十九世紀末期，英國的兩大政黨——自由黨與保守黨——都竭力從事於本黨組織之改善，以爲選舉競爭的預備；因當時選權業經擴充，選舉競爭須有廣大的組織。保守黨乃首思利用大家女子，向選民施其宣傳聯絡之技；遂於一八八三年組織一種女子協會名爲 Primrose League（相傳 Primrose 爲保守黨中主張女子參政的狄斯月禮(Disraeli)氏生平所愛之花，故名。） 這個協會成立以後，保守黨於一八八四年選舉大獲勝利。 自由黨人最初雖反對這種宣傳方法，不久亦只好仿效；因亦組織一種女子協會，名爲 Women's Liberal Federation，以與 Primrose League 相抗；並推自由黨領袖格蘭斯頓 (Gladstone) 氏之夫人爲首領。 在兩黨組織此種婦女團體，原不過欲藉女子以爲本黨宣傳的工具。 乃歷時未久，自由黨所組織之女子協會，卽利用該團體以達女子參政的目的；一八九〇年該協會竟多數通過一種決議，主張女子參政。 這是英國中流社會以上女子，組織政團，要求女子參政之始

然英國女子參政運動的大發展，究在勞動界女子加入此項運動以後；而英國勞動界女子加入參政運動，則只是近二十餘年事。 他們的機關於一九〇三年成立，名爲 Women's Political and Social Union，其首領爲 Miss Annie Kenney 及 Mrs. Pankhurst；此爲當時女子參政運動中之激烈派，普通稱爲 Suffragettes；主張用諸種擾亂社會秩序的手段以促社會的注意（如向議會旁聽席上指斥議員或閣員的言論，遊行示威，破毀街市信箱及博物館陳列品之類；自一九一二年以後並有毆打閣員之事。） 其黨員因此往往被警察拘去；但他們一被監禁，又以絕食爲抵抗手段。 這些奮鬪事實，當時雖未能誘起大部分輿論的同情，卻已引起全體社會的注意。 激烈女權派而外，尚有一派，主張以平和的合法的手段達到女子參政目的；此派普通稱爲 Suffragists，以 Mrs. Fawcett 爲領袖。 當女子參政運動甚盛之時，社會亦發生諸種反對女子參政之運動；此種運動或則以女子爲領袖，或則由男子出而組織。 而當時執政之自由黨黨魁愛斯葵 (Asquith) 氏，對於女子

參政亦無贊成之誠意。 以是一九一二年及一九一三年，議會中曾兩次否決女子參政案。

以上情形是一九一四年歐戰發生前英國女子參政運動之狀況。 歐戰發生而後，所有女子參政黨鑒於戰事之嚴重，俱自動地停止他們的參政運動；卽激烈派亦宣告停止一切暴動手段，並努力從事於戰時種種工作。 於是社會輿論大生變更；卽向之反對女權而受女子參政黨攻擊的人，如魯意喬治 (Lloyd George) 及愛斯葵氏等，亦大變從前態度，贊成女子參政。 以是一九一八年英國議會於其通過之新選舉法 (The Representation of People Act, 1918) 中，竟以中央議會選舉權授與女子。 同年，英國議會並通過一種法律案（名爲婦女資格法 Qualification of Women Act)，承認女子與男子，對於中央議會有同等被選資格；一九一九年，英國議會更通過了一種解除性別限制法 (The Sex Disqualification Removal Act)，俾女子得以加入各種機關的職務（如充任法官陪審官之類。） 但依上述，一九

一八年之新選舉法，凡年滿二十一歲之男子，卽得享有中央議會選舉權；至於女子，則無論已婚或未婚，必須年滿三十，始得享有中央議會選舉權。 故就年齡限制而言，英國女子與男子，在選舉法上，今尙不立於完全平等地位。 此等不平等待遇，所關亦殊不淺；因爲女子選民實際上便只能當男子選民三分之二（按照一九一九年英國衆議院選民册，男子爲一二、九一三、一六〇人；女子爲八、四七九、一五六人）。

其他國家之授女子以參政權者，大都給男女以平等的選舉權，美德卽最者之兩例。

美國諸邦中，自一八六九至一九一七年間，已有十九邦授女子以選舉權。 一九一四年歐戰發生以後，美國女子參政運動益形發展。 一九一九年美國聯邦議會遂通過一種憲法修正案，規定『聯邦及各邦選舉權，不得因性別而示差異。』此項修正案於一九二〇年得各邦大多數（四分三）批准。 由是美國各邦女子

俱與男子享有平等的選舉權。

德國於歐戰以前，生活於軍國主義之下，女子勢力當然微弱。且按照德國從前集會結社法律，女子並不得參加政治集會或政治結社。這都是歐戰前德國女權不易發達的原因。但卽在歐戰以前，德國各邦中已有若干邦，以初級地方議會選舉權授與女子的；然享有選舉權的女子，都是享有特殊財產資格的女子；且女子投票，亦大都須委託代理人。歐戰發生後，女子棄家而從事諸種戰時工作的，爲數甚鉅；社會黨復極力主張女子參政；迨德國帝政爲社會黨人所推翻，一九一九年德國新憲法，遂承認男女政治權利之平等。是年聯邦議會的選舉，男女投票人數，竟約略相等；女子當選者竟達三十六人之衆。歐洲新造諸國如奧大利，捷克等，於其憲法內明白規定男女參政權之平等，大半係受德憲之影響㈠

註㈠ 關於女子參政之理論及列國女子參政運動之經過，可參看 E. S. Pankhurst The Suffragette (1911); M. G. Fawcett, Women's Suffrage (1912); Joseph-Barthélemy,

四　民國元年衆議院議員選舉法中之選舉權資格

民國元年臨時約法無承認選權普及或女子參政權之條文。　民國元年衆議院議員選舉法，係採用一種限制選權制；其所設定之特別條件爲男性，財產，教育及在選舉區內之居住期間。該法之規定如次：（該法第四，第六，第七各條）

凡有中華民國國籍之男子，年滿二十一歲以上，於編製選舉人名册以前，在選舉區內住居滿二年以上，具左列資格之一者，有選舉衆議院議員之權：一，年納直接稅二元以上者。　二，有値五百元以上之不動產者，（但於蒙藏靑海得就動產計算。）　三，在小學校以上畢業者。　四，有與小學校畢業相當之資格者。

但凡經褫奪公權尙未復權，或受破產宣告後尙未撤銷，或有精神病，或吸食鴉片，或不識文字者，俱無選舉權或被選舉權；又凡軍人現任行政司法官吏

Le Vote des Femmes (1919)

及巡警僧道及其他宗教師之選舉權及被選舉權，俱被停止（但蒙藏青海之官吏，巡警及宗教師不在此限）。

民國元年省議會議員選舉法所規定之選舉權資格，與衆議院議員選舉法之規定完全相同。民國十二年中華民國憲法亦無承認女子參政之規定；雖則當時廣東政府已容納女子參政之原則，湘，浙等省省憲或省憲草案，俱已著有男女平權之明文。

第二目　地域代表與職業代表

一　地域代表制與職業代表制之別　從選舉團體的構成而言，列國選舉制中尙有地域代表(Geographical Representation)制與職業代表（Professional Representation）亦稱爲 Functional Representation 或 Vocational Representation)制之別。現時一般國家所行用的選舉制度，係以地方團體，如一省一縣一村一市之類，爲選舉團體；這便是所謂地域代表制。職業代表制，則係以職業團體，如勞工

組合，商人組合，律師公會，教員團體，新聞記者團體之類，爲選舉團體之選舉制度

職業代表制思想之發展，只是最近二十餘年間事，而倡導此制最力者，實爲法國十九世紀末年以來社會主義派中之工團主義（Sydicalisme）派，與英格蘭近十餘年間之基爾特社會主義（Guild Socialism）派。惟是職業代表制之思想雖僅盛於輓近，而就其淵源而言，究不能純認爲輓近之產物：英法諸國中世紀以來之議會皆由貴族，僧侶與平民三階級各自選舉之代表而成，固已不能謂爲毫無職業代表制之形相；十九世紀期內，少數國家之議會亦往往含有代表職業團體之分子存在，如奧國上議院之含有商會代表；意大利上議院含有學術，行政，司法，實業各界之議員（但俱須由政府任用者），英國下議院之含有大學代表，是。但今人之主張職業代表制者，固皆不能承認此種議會卽足以儕諸職業代表制之列；因爲此種議會，或則僅含有一小部分職業階級之代表，而不含有各種職業階級之代表，（如英奧諸例，）或則此類代表並且不出自職業團體之選舉，而出自政府之委任（如

意大利之例）故也。

二 職業代表制之一般理論與批評

職業代表制自然亦可有種種形式。一般理論與批評云者，卽指對於一切形式的職業代表制多少都能適用者而言。有時此類理論或批評，或對於特種形式職業代表制最能適用；有時特種形式之職業代表制於此類理論與批評而外，或尚有其特殊的理論與特殊的批評。 以次所述，則僅以此種一般的理論與批評爲限。

主張職業代表制者之一般理論，約言之，不外次之三種

其一以爲欲使議會制度，與現時及將來社會組織之形狀相適應，不能不採用職業代表制。

十九世紀末期以來，法人所倡導之工團主義 (Syndicalisme)，實爲職業代表主義之一個主要淵源。 依着那些主張工團主義者之理想，則人類之政治社會，於其過去歷史中，雖曾以家庭，部落，或地方團體，爲其構成之單位；然人類政治社會之

將來，必純以職業團體爲其構成之單位。換言之，在人類未來的社會中，將不復以屬於同一血系，或居於同一地域爲人類結合之根本原因，而必以從事於同一職業爲其結合之根本原因。以故彼等所預期之未來國家，便只是一種由各種職業團體聯合而成之聯治組織。彼等不獨預料人類未來之政治組織，將爲如斯之組織，彼等且認此種組織，爲人類最合理之組織㊀。

人類未來之政治組織是否卽純爲人類職業團體之聯合組織，如斯之聯治組織，是否卽爲一種最合理的組織，我們或者還要看作疑問：然在歐美現今社會組織中，職業團體之數額，日形增多，職業團體之勢力，日形擴大，則爲無可否認之事實。此種團體之聯合組織或聯合會議，其足引起社會與政府之注意，有時不特非舊式政黨機關之會議所能比擬，卽議會之會議，有時亦或莫能追比（例如英格蘭之

註㊀ Hauriou, Précis de Droit Constitutionnel (1923), 第 616 頁及以下及 Esmein, Droit Constitutionnel (1921), t. I. 第 49—60 頁。

工團大集會，美國之礦工大集會或農事企業者之大集會，澳大利亞各種勞工組織之大集會，便往往如是。） 以是列國議會制度，漸成外重內輕之勢。 識者謂職工團體之增多與其勢力之擴大，實爲輓近諸國議會制度陵夷之一大原因，誠非虛論。㊀ 議會之外既已有如斯重大的勢力存在，所以主張職業代表主義的人，認爲爲維持議會的權威起見，爲使議會組織與社會的組織相適應起見，決非吸收此種勢力於議會以內不爲功。

其二以爲欲使議會富有專門人才，以應付今茲日趨艱難複雜之立法職務，亦不能不採納職業代表制：

此層意見，似亦爲主張職業代表制者所公認之一種意見。 他們以爲在現今諸國地域代表制之下，議會決難吸收衆多之專門人才： 蓋一個地方區域中之選民，既含有從事種種職業之選民，則爲其代表者自亦不能不注意各方面之問題，而

註㊀ Bryce, Modern Democracies (1921), Chap. on "The Decline of Legislatures."

不能專心於特種事業，或特種問題；以是之故，議會之議員，往往便非一種富有專門知識或經驗之人才，而常爲一種缺乏專長之『政客』。 至於從事專門事業之人才，或因其不願於本己事業之外，更向一般民衆爲普通的政治活動，或因其無充分餘暇向普通民衆爲此種活動，其能列席議會者，遂絕無而僅有。 此實現今議會制度之危難問題。 蓋現今立法職務實日趨於複雜艱難之境，議會之中，如果長此缺乏專門人才，則議會制度之陵夷，恐屬無可挽救。 蒲徠士氏論輓近列國議會陵夷之原因，亦以今茲立法職務日進於艱難，而議會人才之能力不能與之並進爲言。 蒲氏以爲半世紀以前，列國議會之工作只在掃除舊日之種種束縛與障礙，大體上仍不過一種『破壞的工作』，其事尙不十分艱鉅；今則議會之工作，在在是一種建設的改造的工作，其複雜艱難之程度，遠非昔比。 蒲氏以爲今之議會人才，初非較劣於曩日之議會人才，然因今之議會職務，較難於曩日之議會職務，所以今日議會之權威信用便不免於陵夷。(四)

但有些論者，對於職業代表制足以增加議會專門知識這一層理論，亦不甚表贊同：他們以為各職業團體所選出之代表，雖然各是一個具有專門經驗或知識的人才，而甲職業團體的代表初不必能了解與乙職業團體有關之立法問題；因此，在職業代表制之下，議會中議員之大多數，對於任何立法問題，都或不免缺乏基本之理解力；任何立法事項，只有與各該立法問題有關係之職業代表能了解。如是，則職業代表制亦未必能使議會對於今茲複雜艱難之立法工作，較能勝任愉快。譬如拉斯奇（Laski）氏便抱如斯見解。㉟　但議會中既然含有各種職業團體之代表，則對於任何立法問題，議會中必有一部分人具有充分之理解力與評斷力。如是，任何法案將皆不能逃脫議會的注意與批評。這於法律內容的精密，應有所補益。

註㉞　Bryce, 前書 Vol. II. 第374頁。

註㉟　Laski, Grammar of Politics (1925), 第72-73頁。

其三以爲減少代議制度之虛僞起見，亦不能不採納職業代表制：

代議制度、無論如何，原不免有幾分虛僞，因爲代表者與被代表者間之意見，事實上總難完全一致之故。 所以急進的人往往不信任代議制度而主張直接民治；如盧梭民約論中之意見是；而偏於保守之德奧諸國學者因不滿意於代議制度，歷來且寄同情於賢人政治，如戴爾卜內克（Hans Delbrück）教授政治與民意書中之意見是；即對於代議制度不懷十分偏激的見解之人，因目覩英美等國選舉及政黨之狀況，亦常不能不認代議制度之流於虛僞；如華納士（Graham Wallas）之論選舉，與阿士卓戈斯基（Ostrogorski）之論政黨，是。 今之主張職業代表制者以爲此種虛僞實因採用地域代表制而產生，或因採用地域代表制而增甚： 他們以爲一個地方區域之中，實包含着從事種種職業之選民；選民之職業既異，彼此之『目的』（Purpose）亦自不同： 由是爲其代表者，便要代表種種不同的選民之種種不同之目的，由是學者間乃稱代表者之所代表，不是目的，而是『意志』（Will）；實

言之，便卽被代表者之整個靈魂。　主張職業代表的人，以爲意志是不可代表的（因爲意志是不可割離的，）代表者是決不能代表任何人民之一切目的，或代表種種人民之種種不同的目的的；地域代表制既認代表者之所代表爲意志，或認代表者之所代表爲種種色色的目的，所以流於虛僞。　他們以爲採用職業代表主義，便可以免除或減少這種流弊，因職業團體，既爲從事於同一職業之人民，彼此之間，自有其共同之目的；如以職業團體爲選舉團體，則代表者之所代表，便只是被代表者間之公同目的故也。㊅　復次，一個地方區域之中，選民之間，彼此既無公同之目的，亦自難有整齊嚴密之組織（政黨機關往往與選民不能發生密切關係者，亦卽以此，）由是選民對於其所選舉之代表，事實上常不能爲有效的指導或監督，而選民與代表間之意見，因此遂相離益遠。　主張職業代表主義的人，以爲從事於同一職業之人，一面既易有嚴密之組織，其對於本業代表之所主張，復較有判斷之能力，

註㊅ Cole, Social Theory (1919) Chap. VI.

自亦能對於本業的代表，為有效之指導與監督；於此如再容納直接罷免(Recall)之制，則其指導與監督，或將更形嚴密。如是代表與被代表者間之意見益易趨於一致。

凡上所述三種理論，可以說是主張職業代表制者之一般理論。至於反對此種主義或對於此種制度懷疑的人，其所提出的批評，可以適用於一切形式的職業代表制者，似不外次之兩種意見：

反對者或懷疑者之第一種意見，在認職業代表制足以引起議會內部之激劇衝突。持此種見解者，以為在地域代表制之下，每一選舉區之選民，既包含着種種色色的職業分子，其所選出之代表，亦自不必與其他地方區域之代表，俱有顯然不同之目的及任務，以是議會之中，雖亦常有諸種政團存在，而議會內部之分裂與衝突，究可保持相當之限度。以職業團體為選舉團體，則其所選出之代表，將各各代表一種特殊之利益，各各負有一種特殊之任務，議會內部之分裂與衝突，便或不免

較前加厲。其結果可使議會之工作，益陷於遲鈍奇突之境況；或且促成議會中若干種職業團體之互相聯結，以壓抑其他職業團體，而演爲極端殘酷之多數專制。

反對者或懷疑者之又一種意見，在疑職業代表制足爲社會進步之阻障。華納士 (Graham Wallas) 教授，爲英國學者間對於職業代表主義懷疑之一人，其立論便係如此。㊆ 華氏亦承認諸種職業團體之成立，匪惟事實所不能免，亦實可以增進從事各項職業者之自尊心與其幸福；然華氏以爲如以職業團體爲議會之選舉團體，或以職業團體之代表，決定國家之經濟立法（如英人倡導基爾特社會主義者之所主張，）便不免爲社會進化增加阻力；其所以然，則因華氏認職業團體，常是一種富於保守性之團體。至於職業團體率爲偏於保守之團體這個前提，華氏以爲從心理上可以得着一個說明，從史實上亦可以得着些左證。就心理上觀察，華氏以爲職業團體之偏於保守，大半基於人類與其他生物之一種公性：一切動

註㊆ Grahm Wallas, Our Social Heritage (1921), Chaps V and VI.

物與若干種植物各各自成習慣而亦各各畏避習慣的變更。這種習慣變更的畏避，就個人言，則年長者較年幼者爲甚；以故二十五歲以上的人，改變習慣，每感困苦；就團體與個人比較，則羣衆團體常較個人爲甚；就團體與團體比較，職業團體，又常較普通團體爲甚；蓋屬於特種職業之人，既往往對於該團體之傳習具甚深的美感，寄無限的私情，而不忍斷然改易，而在現時大規模的生產組織之下，團體之改革，尤有許多其他之阻力與困難故也。 人類心理狀態中，亦未嘗無誘致習慣變更之動機，如希冀發明，希冀名譽，厭棄單調的生活之類，固皆足以鼓勵習慣的變更；然華氏以爲此種動機，存於少數特出之私人者爲多，而難以期諸職業團體中多數投票之人。 一種職業固然如此；各種職業團體所共同組織之團體，或且更甚。 復次，就史實上觀察，華氏以爲歐洲中世紀期內各城市中之基爾特(Guilds)，原亦各爲一種職業團體；此種職業團體之終於消滅，亦即因彼等之安於固陋，而不能自有新發明，或追隨外方之新發明；甚且爲新發明或新事業之反抗者。 然此猶僅就中世紀之

基爾特而言。即僅就英國現存的律師，醫師，軍官，與教員四大職業團體之歷史而言，華氏亦指證該項團體往往偏於保守，而嘗爲其本業改善之阻力，而嘗賴外力以促其改革。本來華氏之理論，係對英國基爾特社會主義派之主張而發；其所批評，自然對於該派所主張之職業代表制最能適用；然使職業團體，果如華氏所云，爲偏於保守之團體，以之行使國家立法權，便或不免爲社會進化之阻力，則華氏之批評，似亦多少能適用於職業代表主義之一切計畫。

上述兩種批評，我們自然不能爲斷然之否認。惟權衡主張職業代表者之理論，與反對者之批評，吾人似覺批評者所提出之兩層疑慮，究不能打消一切形式之職業代表制；果爾，則職業代表制之應否容認，尙須看此種制度究以何種形式使之實現。

三　職業代表制的諸種形式

現時思想家所曾提議以及列國所曾實行之職業代表制，可以次之三類概括之。

第一種形式在令議會純爲職業代表機關，而完全廢止地域代表制。法人之倡導工團主義者，其理想中之組織，大率如此；因爲他們認國家之組織，只應是各種職業團體之聯合，其共同之機關，只應是各種職業團體的代表之聯合會議。法人柏魯斯德 (Ch. Benoist) 於一八九七年，即曾擬有一個具體的計畫，主張純以職業團體，依比例選舉法，選舉議會。㊇ 蘇俄革命者之理想，自然亦屬於此類；他們自革命成功而後，其中央最高之代議機關，便即全俄蘇維埃大會 (The All-Russian Congress of Soviets)。這個大會，係以各城市之蘇維埃及各省之蘇維埃爲其選舉團體（看一九一八年蘇俄憲法第二五條；一九二四年蘇俄新憲法第八條之規定亦然。）城市蘇維埃係直接由各種職業團體選舉而來；省蘇維埃係由城市及其他下級地方團體之蘇維埃選舉而來而間接的亦純爲一種職業代表機關（因城市及其他下級地方團體之蘇維埃，亦皆直接或間接由從事各種職業者選舉而

註㊇ Ch. Benoist, La Crise de l'Etat Moderne (1897)

來。）所以全蘇俄維埃大會，也純是一種職業代表機關；不過他的選舉方法，是一種間接選舉法罷了。

第二種形式，在兼採職業代表制，與地域代表制，並令職業團體之代表機關，與地域團體之代表機關，享有平等的立法權。 這一類計畫，或者可以解免前述第一類計畫之兩層特別流弊： 蓋在此種計畫之下，經濟勢力既不能壟斷一切政權；而消費階級亦與生產階級取得平等之地位（地域團體中之選民原無共同之目的或性質，所同者惟各爲社會中一個消費分子而已；所以地域團體之代表機關，一般論者咸目爲消費者之代表機關。）

現代人理想中之此類計畫，亦實有兩種，一爲英人柯爾(Cole)一派之職業代表主義，一爲法儒狄驥(Duguit)一派之職業代表主義。

依着柯爾的理想㈨國家便應設立兩種議會： 一爲經濟議會，其選舉團體，便

註㈨ Cole 前書 Chap. VIII.

應為各種職業團體（即生產者）他對於經濟問題，便應有完整之立法權，不受其他議會之限制。 一為政治議會，其選舉團體，便仍以地方區域中之一切人民（即消費者）構成之；他的立法權，便以政治問題為限。

依着狄驥的理想㊉則為實現職業代表主義起見，可採用兩院制之議會制度，而令議會中之上院，由職業團體選舉，議會中之下院，仍由地方團體選舉。 狄氏這種計畫，自然不同於柯氏之主張；因為狄氏並未主張上院應為經濟立法機關，而下院則為政治立法機關。 所以在狄氏這一類計畫之下，職業代表機關與地域代表機關，就其職司而言，彼此初不必有如何之差別。 且就兩院制之通例而言，各種法律案之成立，自須經由上下兩院通過；果爾，則狄氏之兩院，亦初不必如柯氏之兩議會，各於其事權範圍以內，有獨立造法之權。

第三種形式，在兼採職業代表制與地域代表制，而令職業代表機關之立法權，

註㊉ Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, t. II. 第 596-606 頁。

較小。於。地。域。代。表。機。關。　現時德意志之議會制度，便可認爲此類計畫之一個代表。當一九一九年德意志新憲法草案方在討論之時，德國社會黨人，或則主張採納蘇俄制度，純以勞工之代表機關爲國家最高之立法及行政機關（急進派社會黨人之主張如此）或則主張採用一種與前述狄氏計畫相似之兩院制，其最終採納之計畫，係於普通議會之外，更設立一個中央經濟院（Reichswirtschaftsrat）。普通議會，仍含有上下兩院，各依地域代表主義選舉之；其性質與通常兩院制之議會相似。　這個中央經濟院約略便是議會之第三院。　該院於一九二〇年即已成立。依一九一九年德國憲法第一六五條之規定，及一九二〇年該院暫行組織法之規定，該院構成之分子，含有四種，即（一）各項企業的雇主之代表，（二）各種勞工團體之代表，（三）消費團體之代表，（四）政府代表；然（三）（四）兩種代表之人數甚微；故就大體言，該院實爲雇主與勞工之代表機關，換言之，即職業代表機關；但因雇。主。所。出。之。代。表。人。數。與。勞。工。代。表。人。數。相。等，所以（三）（四）兩項代表，

亦頗有左右該院之能力。 復次，依一九一九年德國憲法第一六五條之規定，該院初無自行制定法律之權；普通議會所通過之法律，亦初不必得其同意；但該院對於經濟立法及社會立法問題，卻享有兩種職權： 其一該院得向普通議會提出關於此項問題之法律案。 其二凡政府向普通議會提出經濟或社會法案時，須預經該院之審議，始能提交普通議會。 所以中央經濟院，是一個對於經濟立法與社會立法之建議機關與審議機關，而普通議會則為其決議機關。 兩者之地位，自然不得認為平等。 德憲成立後，歐洲諸國相率模擬德制，設立勞資代表會議 (Economic Councils)，以為輔佐議會立法之機關。

民國十二年北京議會所頒布的中華民國憲法，對於各省制定省自治法之團體，亦已部分的採納職業代表主義。 該憲第一二六條云：『省自治法，由省議會，縣議會，及全省各法定之職業團體選出之代表，組織省自治法會議制定之。 前項代表，除由縣議會各選出一人外，由省議會選出者，不得逾由縣議會所選出代表總

額之半數，其由各法定之職業團體選出者亦同；但由省議會，縣議會選出之代表，不以各該議會之議員爲限，其選舉法由省法律定之。』

第三節　選舉區制

一　大選舉區制與單選舉區制

凡規定每一選舉區，僅得選出議員一名者，爲單選舉區制（法人稱之爲 Scrutin Uninominal）。反之，如令選舉區之地域較大，俾每區得選出議員數名時，則爲大選舉區制（法人稱之爲 Scrutin de Liste）。

英法兩國，在其過去之選舉制度歷史上，有時採用單選舉區制，有時又復採用大選舉區制。在歐戰發生之時，英法下議院之選舉區俱係單選舉區。自一九一九年法國下議院選舉法成立，法國又復完全採用大選舉區制。英國自一九一八年衆議院新選舉法成立而後，各地方之選舉區，有爲單選舉區者，亦有爲大選舉區者。英法兩國，於歐戰後如斯的容納大選舉區制，則因欲行比例選舉制便不能不

採用大選舉區制之故（後詳。）

吾國民國元年，衆議院議員選舉法，對於初選及複選，俱係採用大選舉區制。元年國會組織法對於參議員之選舉，亦係採用大選舉區制（各省選出參議員十名，其他蒙藏青海華僑等選舉會，及中央學會亦各選出若干名。）

二　大選舉區制與單選舉區制的理論　主張大選舉區制者，以爲選舉區太小，則賄賂恫嚇諸情弊，較易發生，以選民人數較少故也。　主張單選舉區制者，僉以爲此制（一）能使選民對於希冀當選者之才力，較易判斷；如選舉區甚大，則希冀當選者甚衆，選民之判斷便不甚易；（二）能使本區選民，將來對於本區議員較易加以監視與督責因爲本區既只有一個議員，該議員對於本區選民之委託，便不易卸責於其他議員。　但大選舉區制實爲比例選舉制之連帶條件，斯制之應否採用，須視比例選舉制之宜否採用。　關於比例選舉制之理論，當於次節第三目詳之。

第四節 選民權利的範圍

第一目 複數選權與選權平等

一 **複數選權與選權平等的區別** 列國選舉法，有規定一切選民之選舉權平等者；換言之，卽一切選民俱只有一投票權，或一切選民所投之選舉票，有等量之效力。此之謂選權平等(Equal Suffrage)制。反之，如對於具有特殊資格之選民，給以數投票權，而普通選民則僅享有一投票權；或令特殊選民所投選舉票之效力大於普通選民之選舉票，則皆爲複數選權(Plural Vote)制。

現時一般國家之選舉法，不獨趨於選權普及，抑且趨於選權平等。然在列國過去選舉法中，複數選舉權之實例，實不罕覯；卽列國現行選舉法中，亦仍有容納複數選權制者。茲舉數例，以略明複數選權制之種別。

其一，比國於一八九三至一九一九年之期間內，其下議院之選舉法，卽係採用

一種複數選權制：按照該法，一般選民，俱只有一投票權；但選民中納稅達一定數額，或享有若干財產者，各得享有兩投票權；其具有特殊教育資格（高等教育）或曾從事於特種職務（例如國家各機關之職務）者，亦得享有兩投票權；其兼具以上數種資格者，且可享有三投票權；但依其憲法之規定，每一選民之選權，不得超過三投票權。此制於一九二〇年比憲修正時，已被廢止。

其二，英國下議院之選舉法，歷來亦使選民中之特殊分子，事實上能享有複數選權：在一九一八年以前，英國衆議院選舉法，認獨立『住宅』(Occupation)爲選舉權取得之資格；緣是，凡於數選舉區中各有一個獨立住宅者，在此數選舉區中，事實上便各享有一投票權（初非法律明文之規定如此；）且因各地方之選舉每不同日舉行，故在數選舉區中各享有選舉權者，實際上亦嘗能在數區行使其選舉權。一九一八年英國衆議院新選舉法仍未能完全打消此項複數選權；但因各地之選舉此後將同日舉行，且因該選舉法明定，無論何人，不能在兩個以上之選舉區

投票，原來之複數選權制，固亦顯受限制。又英國一九一八年，衆議院新選舉法（舊選舉法亦然）係於地方選舉區域外，復認每一大學或數大學得自成爲選舉團體，而對於曾在各該大學得有學位或有相當資格者，授以選舉權。以是，凡在各地方區域享有選權之選民，如復在各大學享有選舉權時，實際上亦爲享有複數選權之選民。

其三，普魯士中央議會下議院之選舉，及其下級地方議會（團議會及市議會）之選舉，於歐戰以前，係採用一種特別選舉制，名爲『三級選舉制』（Dreiklassen-ordnung），此制亦是一種複數選權制，特茲之所謂複數選權，初非令某項特別選民，有投數票之權，係令各選民所投之票，實際之效力不等。其法先將每一選舉區中之選民，製成總表，表中次序，卽以選民所納直接稅之多寡爲序；次將表中選民分爲三級，取表中前列諸名（卽納稅比較最多之諸選民）而其所納之稅共達全區選民所納總稅額三分之一者，併爲第一級；取表中第一級選民後之諸選民（卽納稅

比較次多之諸選民）而其所納之稅共達全區選民所納總稅額三分之一者併爲第二級；表中所餘之選民，則併爲第三級，其共納之稅，自亦占全稅額三分之一。依此法併合，各級選民之人數自然不等；（第一級選民人數最少，第二級次之；第三級最多，）但依照法律所定，各級選民，各成一選舉團體，而各選出相等之議員㊀ 以是，如甲級選民之人數，數倍或數十百倍於乙級；則乙級中每一選民之選舉權，其實際的效力，亦數倍或數十百倍於甲級。 納稅之與選舉權，蓋不僅成因果關係，抑且成爲比例。 納稅能力，本來就是財產的表徵；所以此種選舉制度，亦只是優待財產階級，而其優待之程度，實際上且遠過於他國之複數選權制。 歐戰告終而後，此制

註㊀ 但當時普魯士中央議會下議院之選舉係採用間接選舉，三級選舉制只適用於初選當選人之選舉；複選時則由各級初選當選人，合組一個選舉團體，而以絕對多數爲當選票額。（De Grais, Verfassung und Verwaltung in Preusen und dem Deutschen Reiche (1914) 第 72 頁。

自然不能復爲普魯士一般人士所容認；今已完全消滅矣。

吾國民國元年衆議院選舉法及各省省議會選舉法，俱未採用複數選權制；但元年國會組織法對於參議院之選舉，係於省議會及蒙藏青海華僑等團體外，復認『中央學會』爲選舉團體，以是一人之兼有數選舉權，固亦可能之事（但實際上中央學會從未成立。）

二　複數選權制的批評　以財產，居住，教育等條件，爲取得複數選權之資格，與以此等條件，爲限制選權之資格者，性質不無相似。然以教育爲限制選權之條件，在特種場合之下，吾人雖不能不認其具有適當之理由（見前；）然如比國曩時所行之複數選權制，承認凡具有高等教育資格者，便享有數票之權，則亦非吾人之所能容認；蓋對於行使選舉權之國民，國家如設爲最低限度之教育程度，於理雖無不當，然各個選民行使選舉權之當否，卻未必與其教育程度成比例。以故如以財產，居住等條件爲複數選權取得之資格固爲不當；卽以教育資格爲取得複數選權

之資格，我們亦不能信爲良制。

惟是歷來列國所採用之複數選權制，在理論上及事實上，今雖漸遭唾棄；而近今主張職業代表制者，似又容納複數選權之原則；特取得複數選權，須以職業爲條件耳：他們以爲一個選民所從事之職業，既不皆限於一種，則其所隸屬之職業團體，亦自不只一種；彼所隸屬之職業團體既不只一種，則以職業團體爲選舉團體時，彼之選舉權，亦自可爲複數。

第二目　間接選舉與直接選舉

一　間接選舉與直接選舉的區別　凡議員（或官吏）之選舉，不由選民直接選定，而必由公民選出之代表選定時，則爲間接選舉(Indirect Election)制；反之則爲直接選舉(Direct Election)制。　所謂間接選舉，自然亦有種種形式：　有令選民選出若干『初選當選人』而以選定議員之權，付諸此項初選當選人者；如歐戰前普魯士下議院之選舉法，及吾國民國元年衆議院議員選舉法之規定，是。　有以

地方議會爲選舉團體者；如吾國民國元年國會組織法關於參議院選舉之規定，是。元年國會組織法規定各省參議院，由各省議會議員選舉。　各省省議會議員之選舉，原亦由間接選舉而來；以故各省參議員之選舉，不僅爲間接選舉，且爲三層選舉之間接選舉。

二　間接選舉與直接選舉的理論　主張間接選舉制者，無非以爲一般選民，每每無充分知識與判斷力，足以抉取相當之政治人才；如採用間接選舉制，一般選民之職務，既不在抉取最終當選之議員（或官吏），而僅在遴選執行最終選舉職務之人，則雖選民知識薄弱，其弊亦可大減。　然間接選舉，亦實有兩種甚大之流弊：其一，在使選舉制度對於一般選民的政治知識，不能發生重大的教育作用；因爲初選目的，既只在決定執行最終選舉職務之人，而非選定最終當選之人員，則初選時各政黨之選舉競爭，或不免將政策問題之宣傳與討論置諸次要之列；以是一般選民，對於各方面之政治意見，亦或不能得着相當之了解。　其二，在使選舉賄賂與選

舉。恫。嚇。之。情。事。較。易。發。生。；因爲最終選舉之時，選舉人數既較初選人數大減，賄賂與恫嚇等情弊，較易實行故也。以故晚近以來，列國選舉法類皆趨於直接選舉制；除對於上議院尙有採用間接選舉者外，下議院之選舉，則幾一致採用直接選舉制。蘇俄憲法，對於全俄蘇維埃大會之選舉以及地方蘇維埃之選舉，採用間接選舉，亦係反乎近代一般民治國家之趨勢。

第三目　多數選舉與比例選舉

採用選權平等制，則一切選民之權利，在形式上誠然可以說是平等；但採用選權平等制而不採用比例選舉制，實際上，各個選民，因其所隸之黨籍不同，機會仍然不平等。以是晚近一般民治國家，漸漸拋棄歷來的多數選舉制而採用比例選舉制。

一　多數選舉與比例選舉之別　任何一種選舉制度，如果使各選舉區應出之議員名額，爲各該選舉區內得票比較最多之政黨完全占取，那種選舉制度就是

一種多數選擧制。換句話說，在多數選擧制之下，各選擧區之代表權，完全屬於各該區域內之多數黨。反之，比例選擧制，在使各選擧區內各政黨所取得之議席，各與其選民數額約略相當。凡採用單選擧區制者，自然俱係多數選擧制；因各選擧區旣僅能選出一人，則當選人員自只能屬諸得票過半數或得票比較最多之人——即多數黨。以故凡採用比例選擧制，必須採用大選擧區制；即每一選擧區務必能選出議員數名。即令採用大選擧區制，如當選人員之票數，限定爲比較最多數時，有時仍是一種多數選擧制。茲設例以明之：假定某選擧區應出議員五人；每一選民各得選擧五人；以得票比較多者當選。復次，假定該選擧區選民總數共十萬人；該選擧區有兩政黨，多數黨之選民六萬人；少數黨之選民四萬人。在此種場合之下，如多數黨組織完善，其各選民所投人名能一致，則該區應出之議員，將盡爲多數黨所有；少數黨將無一人當選；因爲多數黨選民所選擧之五人，將俱較少數黨選民所投之五人得票較多故也。故此種選擧制度，可使一選擧區議席甚或全議會

議席，盡為多數黨所占；其選民不及半數之少數黨，甚或無一人列席議會！　反之，如採用比例選舉（Proportional Election）制（亦稱比例代表 Proportional Representation）制則各選舉區之當選人員將不以得票最多者為限；而各選舉區中各黨當選議員人數之比，將等於各黨選民數額之比。　如以前例為喻，在比例選舉制之下，多數黨將能選出三人，少數黨亦能選出二人；因三與二比，恰當六萬與四萬之比；換言之即各黨俱獲以選民二萬人出議員一名。　十九世紀中葉，即有瑞士人費陀康斯特溫（Victor Considérant），英人哈爾（Hare）彌勒（J. S. Mill）諸氏，力主廢除多數選舉制，而代以比例選舉制。　至十九世紀末期，比例選舉制，已行於瑞士諸州及比利時。　然在歐戰終結以前，英法兩民治先進國之選舉法，尚屬一種多數選舉制。　歐戰以後，列國乃相率採納比例選舉制，而歐洲新造諸國尤顯然一致的趨向此制。　即英法兩國，亦已不能不部分地容納此制。

茲先說明比例選舉制之諸種形式，次及此制之理論。

二　比例選舉制之諸種形式　比例選舉制，原有種種形式，繁簡精粗各不相同。

以次所舉，不過比例選舉制及準比例選舉制之幾種形式，此外固尙有其他形式。㊀

現在先取兩種最簡單之形式而給以說明；即所謂減記投票法與重記投票法，

註㊀　解釋比例選舉制諸種形式之書籍，至爲繁賾。　玆聊舉數種參考書於次：

Esmein, Droit Constitutionnel (1921) t. I. 第 326-354 頁；

Lachapelle; La Représentation Proportinnelle en France et à l' Etranger, 1919;

Commons, Proportional Representation (1907);

Kloti, Die Proprotional wahl in der Schweits, Geschichte, Darstellung und Kritik (1901);

Barthélemy, L' Organisation du Suffrage et l' Expérience Belge (1912);

Barthélemy, Droit Constitutionnel (1926)，第 308-334 頁。

是。 這兩種簡單形式，一般論者僅稱之爲少數代表制或準比例選舉制，而不稱之爲比例選舉制。

（甲）減記投票法 (Limited Vote) 此法英國於一八六七年，對於衆議院之選舉，曾於若干選舉區中試用之。 英國當時採用之減記投票法在令每一個選舉區得選出議員三人，但每一選民，只能投選一人；以得票較多者當選。 採用此制，則少數黨選民，但占全數選民三分之一以上，便能選出議員一人；而不致使全區議席盡爲多數黨所占取。

英之此制，於一八八四年，卽被廢止。 直至一九一八年衆議院新選舉法成立而後，始又稍稍容納比例舉選制： 該法承認各大學於選舉下院議員時，得採用一種特殊的選舉法，名爲 Preferential or Transferable Vote，蓋亦一種比例選舉制（後詳）。 其他一般選舉區，仍適用多數選舉法，但一八九八年選舉法曾附帶聲明，政府尚得委派委員，審擇可以試行比例選舉之

地方選舉區域若干區，試行比例選舉制；不過該委員之所審擇，仍須提交議會通過耳。

吾國民國元年參議院議員選舉法，及衆議院議員選舉法，大體俱係模仿英國會經採用之減記投票法，但尙規定一個最小當選票額：

參議院議員選舉法　參議院之選舉，每人一票，用無記名單記投票法（卽每票只能投選一人，投票人不書本人姓名；）以得票滿投票人總數三分之一者當選。　當選人不足額時，應再行投票，至足額爲止。

衆議院議員選舉法　衆議院之選舉，每人一票，用無記名單記投票法。初選以本區應出當選人名額除投票人總數，將得數三分之一爲當選票額，非得票滿額者，不得爲初選當選人；凡因不滿當選票額，致無人當選，或當選人不足額時，則取得票較多者，按照所缺當選名額，加倍開列姓名，再

行投票，至足額為止。㊂　覆選以本區應出議員名額，除投票人總數，將得數之半為當選票額，非得票滿額者，不得當選；凡因不滿當選票額，致無人當選，或當選人不足額時，則重行選舉，至足額為止。

（乙）**重記投票法** (Cumulative Vote) 此法曾行於英國地方教育機關，及美之諸邦；亦為比例選舉制最簡單形式之一。　此法在令選民所投選之人數，仍與議員人數相等；但各選民得以所有票數，悉數投選一人，或分別投選數人；以得票較多者當選。例如某選舉區應出議員三人，每一選民，便能投三票；換言之，即各個選民，各有三票權；此三票可由選民悉數投諸一人；或分投二人或三人；以得票較多者當選。　在此種場合之下，少數黨之選民但能滿

註㊂　此種最小當選票額及重行投票之規定，一般稱為「二次投票法」(The Second Ballot)；舊行於德奧意諸國，其目的在使少數黨不易利用多數黨選民投票之未能一致，乘機排除多數黨之當選。

全體選民三分之一，自亦得選出議員一名。

以上所舉減記投票法及重記投票法，有時雖亦能使少數黨有當選之機會，然究欠精密：蓋少數黨選民，如在某選舉區中不滿該區選民全數若干分之幾（如以上述兩例爲喻，則爲三分之一）仍或不能有人當選；推之，如該少數黨選民，在全國多數選舉區或一切選舉區中，俱不滿各該選舉區選民若干分之幾（如就上述兩例而言，則爲三分之一）則該黨或竟至在多數選舉區或一切選舉區無一人當選。然全國屬於該黨之選民，其總數仍或不少。 果爾，則其犧牲殊大。 所以以上兩種選舉法，只能說是一種少數代表制或準比例選舉制，而不能語於真正的比例選舉制之列；因爲這兩種選舉法雖亦能使少數黨有當選之機會，卻不能保障選舉結果，能使各政黨所得議席之比，約略地等於各政黨選民數額之比。 爲實現此種結果起見，不得不採用較爲複雜之選舉法。 這些較爲複雜的選舉法，一般便稱爲比例選舉制；實則就是一般所公認之比例選舉制，亦有種種，其精粗煩簡之程度亦不盡

同　現在我們可先就諸種比例選舉制，爲概括的說明；接着我們再具體地解釋若干種比例選舉制。

就選民投票的目標而言，比例選舉制可大別爲二類。　其一，選民投票仍以個人爲目標　換句話說，他們對於選舉區內凡有被選舉權的人，都可選舉，不受任何限制。　實際上歷來一般選舉制度俱係如此。　其二，選民投票，不以個人爲目標，而以政黨爲目標　換句話說，選民投票的時候，在原則上，不是選擇某某個人，而是選擇某某政黨。　其法在令各選舉區內之各政黨，於選舉舉行前，向選舉官署各提出一種薦選單，將各該黨所推定的候補當選人一一列舉其上。　選民投票的時候，祇在選擇甲黨或乙黨之薦選單，而不是選擇某甲或某乙；其嚴格採用此法者，選民不獨不能取甲薦選單之人名與乙薦選單之人名而混合投選；即對於任何一個薦選單上之人名，亦不能有所去取，或顚倒其人名之次序。

就當選票額之決定而言，比例選舉制亦可大別爲次之兩類：

其一，爲『**選舉商數**』**法**　以各選舉區應出之議員額數，除各該選舉區之選民總數，謂之『選舉商數』(Quotient Electoral)。例如某選舉區有 100,000 選民，其應出之議員名額爲十人，則其選舉商數便爲 $\frac{100,000}{10}$ 卽一萬。採用選舉商數法的比例選舉制，卽以選舉商數爲分配議席於各政黨的標準。一個政黨在任何一個選舉區內，如其所得之票數等於該區之選舉商數，卽能有一人當選；如其所得之票數爲該區選舉商數之二倍或三倍……，則有二人或三人……當選。茲再以上例爲喻：假定該選舉區有甲乙丙三黨；甲黨薦選單得 50,000 票，乙黨薦選單得 30,000 票，丙黨薦選單得 20,000 票。如是，則該區應出之議員十名，將爲甲黨占取五名 ($\frac{50,000}{10,000}=5$)；乙黨占取三名 ($\frac{30,000}{10,000}=3$)；丙黨占取二名 ($\frac{20,000}{10,000}=2$)。

如果各政黨所得票數，恰等於選舉商數或恰爲選舉商數之倍數，則以右述之選舉商數法，分配議席，誠極精確，而使比例選舉之原則得以充分實現。然實際上

各政黨所得之票數絕少如此湊巧。因此，一個選舉區，於依此法分配議員名額後，往往仍有殘餘名額尚待分配。此殘額究應如何分配，卻是一個困難問題；爲解決這個問題起見，遂有諸種不同的比例選舉制。茲再設例以明此義：假定某選舉區之選民總數爲 30,000，應出議員六人；則其選舉商數便爲 $\frac{30,000}{6}=5000$。假定該區有甲乙丙三政黨，甲黨得票 11,500；乙黨得票 10,200；丙黨得票 8,300。在此諸數中無一數恰等於 5,000 或恰爲其倍數。甲黨可得議員二名，而有殘票 1,150(11,500 ÷ 50,00 = 2 + 殘票 1,150)；同樣，乙黨可得議員二名而有殘票 200；丙黨可得議員一名，而有殘票 3,300。如是，所已分配之議員名額僅五名；尚餘議員名額一名未及分配。如何利用這些殘票與分配這殘餘的議員名額，便是比例選舉制上最困難的問題（後段所述的瑞士制及比利時制就是對於這個困難問題的兩個解決。）

其二，爲『**票額均一**』法。此法在於選舉法中預先規定一個當選票額；俾適

用於全國一切選舉區。任何政黨，不論在那一個選舉區，如所得票額等於這個法定當選票額，卽得在該區占取議員一名；如所得票數爲法定當選票額之二倍，三倍……，則得在該區占取議員二名三名……。例如法定當選票額爲一萬，某黨在甲選舉區如得票一萬，則得在該區占取議員一名；如得票二萬，卽得在該區占取議員二名。推之，如該黨在其他選舉區得票一萬或二萬，則亦得在該區占取議員一名或二名。這種方法之稱爲『票額均一』(Nombre Uniforme)法，卽因此法係令全國各選舉區當選票額彼此一致；初非如選舉商數法，令各選舉區之當選票額（卽選舉商數）彼此有互異之可能。但採用此法，各政黨仍然不免有殘票；如何利用此殘票以貫徹比例選舉制之要求，仍是一個難題（後面所述的德國比例選舉制，就是對於這個難題的一種解決。）

以上所述，只是諸種比例選舉制相互差別之大凡。以下我們可再具體地說明四種比例選舉法；卽（甲）哈爾比例選舉法，（乙）最大殘數法，（丙）最大均

數法，（丁）德國比例選舉法。 前三種方法均屬於選舉商數法之系統，其互異之點，只在殘票之如何利用，殘餘議員名額之如何分配，以及選民投票之是否以政黨爲目標；第四種方法，則爲票額均一法之一例。

（甲）哈爾比例選舉法 此法爲英人哈爾(Hare)所首倡，故有此名；今則英美人往往稱之爲 Preferential Vote，或 Transferable Vote，或 Alternative Vote。 就當選票額之決定而言，此法係選舉商數法之一種；例如某選舉區應出議員五人，共有選民五萬人，則其當選票額即爲一萬。 就選民投票之目標而言，此法仍係以個人爲目標；換句話說，選民投票之自由，與一般多數選舉制相同。 在各選舉區中，每一選民，在其選票上所能選舉之人數，與各該區應出之議員名額等。 但每一選民之選票，實際上將只能對於選票中一個被選人發生效力。 因此，選民在選票上塡記被選人姓名時，須依其意願而順次記之；將彼最願意投選之人居首；將那些在彼意願中立於第二位

第三位……者，列諸第二名第三名……。　選民投票完畢，選舉官吏卽將每一選舉區內各選民所投之票綜合在一處，而執行總開票（換句話說，開票手續不分數處舉行。）　開票時，一面唱名，一面記錄；當開票之最初，所唱及所記之名，僅以各選票中第一人爲限；依此法開票，開至有人得票已滿當選票額（如以上例爲喩便卽一萬票時，）其人立卽宣布當選——此人姑名之爲某甲。　此後開出之票，如仍有以某甲之姓名居第一名者，則不復呼唱，亦不復記錄其名字，而以該票票權畀諸該選票中位居第二名之人。　如此往下開去，如另有一人得票滿當選票額，其人亦卽宣布當選——此人姑名之曰某乙。　如此再往下開去，所開出之票，凡以某甲或某乙居第一位，或以某甲及某乙列諸第一及第二位者，概不呼喝或記錄某甲或某乙之名，而以該票票權歸諸該票中位居某甲或某乙之次之人。　如此做去，直至各票開盡爲止。

此法雖爲許多英美人所贊賞，卻亦有三大弱點：第一，各票開盡之後，也許仍有若干議員名額未及分配淨盡；這種殘餘的議員名額究應如何分配，此法卻不曾給我們一個解決；以是，倘行此法，勢不能不更採他法以解決殘餘的議員名額問題。第二，某某人之當選或不當選，與開票時之機會頗有關係。譬如說，趙某在許多選票中位居第二，則彼之能否當選，也許就要看最初開出的票，是些以什麼人居首位的票。假如某選舉區之當選票額爲一萬，選民所投之選舉票，有二萬張係以錢某列爲第一名；這二萬票中，以趙某居第二位者占一半，以孫某居第二位者亦占一半。如是，趙某或孫某之能否當選，也許就要看最初開出的那些票，究竟是以趙某列爲第二名的票，還是以孫某列爲第二名的票。一種選舉制度而使競爭當選之人如斯地倚賴機遇，自然不是一種完美的制度。第三，此法既須將一個選舉區中各處所投之票集於一處而行總開票，已嫌迂緩；且依此法而呼唱記錄，手續繁重，

亦極易發生錯誤。

（乙）最大殘數法　此法亦係選舉商數法之一種；但選民投票須以政黨爲目標（即對於各政黨所提出之薦選單而施選擇）。倘依選舉商數法分配議員名額之後，仍有殘餘議員名額未及分配，則以之分配於殘票（即尙未利用之票）最多之薦選單。所以法人稱此法爲『最大殘數法』(Système des plus grants restes)。　茲再取前述之數目字以爲說明之例：某選舉區選民爲 30,000；該區應出之議員名額爲六名；有甲乙丙三黨，甲黨薦選單得 11,500 票，乙黨薦選單得 10,200 票，丙黨薦選單得 8,300 票。該區選舉商數爲 $\frac{30,000}{6}=5,000$。取此選舉商數以爲分配議員名額於各薦選單之標準，其結果將爲甲黨得出議員二名而有殘票 1,500（$\frac{11,500}{5000}=2+$殘票 1,150）；乙黨得出議員二名而有殘票 200

$\left(\frac{10,200}{5000}=2+\text{殘票}\ 200\right)$；丙黨得出議員一名而有殘票 3,300 $\left(\frac{8,300}{5,000}=1+\text{殘票}\ 3,300\right)$。 如是，該區應出之六名議員額尙有一名未及分配，這個殘餘的議員名額，應給予丙黨薦選單，因其尙未利用之殘票數最大。

最大殘數法歷來行於瑞士諸州，故此制亦名瑞士制。 以下我們再取瑞士某州所採用之最大殘數法而給以詳細的說明，俾讀者較能暸然於此法之內容。 惟以下所舉瑞士某州之最大殘數法，雖亦令選民以各政黨之薦選單爲其投票之目標，但各選民對於一個薦選單上之人名仍有去取之自由；不過各選民不能將甲薦選單上之人名加入乙薦選單耳。 在他國所行之比例選舉制中，選民不獨不能取甲薦選單之人名加入乙薦選單，即對於一個薦選單中之人名亦不能有所去取。 下述瑞士某州之制，因欲令選民對

於一個薦選單上之人名保有若干分選擇之自由，於是一個薦選單所得之票額復有所謂『名票』及『單票』之分；而開票時計算手續，遂更形繁重。

瑞士某州之制如左：

（I）薦選單之提出　凡選民若干人，卽得於本選舉區提出候補當選人若干人，是爲該選民團體之薦選單。（實際上此薦選單卽由各政黨決定，而由屬於該政黨之選民提出；故此項薦選單實卽各政黨之薦選單。）一個薦選單中之候補當選人數，不得超過本區應出議員名額。凡候補當選人不得爲兩個或兩個以上的薦選單之候補當選人。

（II）選民投票的規定　每一選民所投選之人數，以本選舉區應出議員名額爲限（例如本選舉區應出議員五名，每一選民卽得投選五人。）各選民只能擇取一個薦選單的候補當選人而選舉之；而不能取數個薦選單中人名加以選擇；彼可對於一個薦選單中之人名，而全

數選舉之，彼亦可以本人所有票權悉數予諸薦選單中之一個人名或數個人名；凡此稱爲各薦選單中各候補當選人所得之『名票；』如選民的選票中所選舉之人數，不足其應投之人數時，則未足之數，便歸諸該票的薦選單之全體，稱爲該單之『單票：』 例如某選舉區應出議員五人，某薦選單上之人名爲甲乙丙丁戊五人；某選民投票時，僅於選舉票上寫明以一票給甲，以二票給乙，則應以彼所未利用之兩票權歸諸該薦選單之全體，這便叫做『單票；』至甲所得之一票與乙所得之二票，則爲甲及乙所得之『名票。』

（III）**各薦選單所得票數之計算** 將每一薦選單中各候補當選人所得之『名票』及該薦選單之『單票』相加，即爲該薦選單所得之總票額。

（IV）**當選票額與各薦選單應出議員人數之計算** 將各薦選單所得

總票額相加，而以本區應出議員名額除之，即爲當選票額。凡薦選單之票額，滿此當選票額時，卽得出議員一名；其票額倍於此額者，其應得議員名數亦倍之。如依此法計算，各薦選單所得選出之議員人數，尙不敷全區應出議員總數時，則所餘議員，應屬於各薦選單中殘餘票額之最大者。以下再設一數目字之例以說明之：

假定：某區應出議員7人，各薦選單總票額相加之和數爲90,000

則當選票額＝90,000÷7＝12,857

又假定有 A，B，C，D，F，五個薦選單，其所得票額，A＝23,900；B＝13,000

C＝40,000；D＝1,100；E＝12,000.

則

A＝23,900÷12,875＝議員1人＋11,025（殘票）

B＝13,000÷12,875＝議員1人＋125　（殘票）

C＝40,000÷12,875＝議員3人＋1,375　（殘票）

D＝1,100÷12,875＝議員0人＋1,100　（殘票）

E＝12,000÷12,875＝議員0人＋12,000（殘票）

由是A單應出議員1人，B單，1人，C單3人，共計尚只5人。所餘2名議員，應由殘票最多之A單及E單各得1名。

（V）各薦選單中當選人名之決定　上述計算法只能決定各薦選單所應出之議員額數。　至各單中，何人應當選，何人應不當選，則依次之方法分配：　如某薦選單所列候補當選人數，與其應出議員額數相等，則該單人名，當然悉數當選；如該單候補人數較多於該單應出之議員額數，則以候補人中得票較多者當選；因選民對於一個薦選單之候補人尚能自由去取，故一個單中諸候補人所得『名票』初不必盡同。（在德國及其他比例選舉制中，選民對於任何薦選單之人名既無去取之自由，亦不能顛倒薦選單中人名之次序，則各薦選單應出之議員

名額，究應屬於誰何，將依薦選單中所列人名之順序定之；因單中各候補人之票額並無差別。）

（丙）最大均數法　以上所述的最大殘數法，有時犧牲多數黨票數過甚，不免與比例選舉制之原始目的相矛盾　例如假定某選舉區應出議員三人，選民所投總票額為 30,000；甲黨薦選單得票 15,500；乙黨薦選單得票 7,500；丙黨薦選單得 7,000；則依最大殘數法分配甲乙丙三黨將各得議員一名。　然甲黨票額實際上超過丙黨票額一倍。　為糾正此弊起見，列國間乃有採用『最大均數法』(Système de la plus forte moyenne) 者。最大均數法亦係選舉商數法之一種；選民投票亦須以各政黨之薦選單為目標。　凡此皆此法之同於最大殘數法者。　至於殘餘議員名額之分配，依最大均數法，則須按照次之程序：　先姑以所餘議員名額試給各薦選單；次卽以各薦選單所得之議員總額除各該薦選單所得之票額。　除得之數，就

是各薦選單平均的每出一議員所耗之票數。最後，察看諸薦選單之此項均數孰爲最大，則卽以所餘之議員名額正式給予該單。玆再取上述之數目字爲例而說明之：某選舉區應出議員三人；選民所投總票額爲 30 000；甲黨薦選單得票 15,500；乙黨薦選單得票 7,500；丙黨薦選單得票 7,000。如是，則當選票額（卽選舉商數）爲 $\frac{30,000}{3}=10,000$。以此爲分配標準，甲黨薦選單可得議員一名，乙黨及丙黨薦選單，因俱不滿當選票額，不能逕行獲得任何議員名額。以是，該區尙有議員二名未及分配。依照最大均數法，我們應先將此兩個尙待分配的議員名額之一，試給甲乙丙各薦選單。如是，甲黨薦選單便得議員二名，以 2 除該單票額 15,500 則得均數 7,750；乙黨薦選單得議員一名，以 1 除該單票額 7500 則得均數 7500；丙黨薦選票得議員一名以一除該單票額 7,000 則得均數 7,000。此三個均數，以甲黨薦選單之均數爲最大；因此，所餘兩個議員名

額中之第一個名額，應正式給予甲黨薦選單。所餘之另一議員名額，亦依同法進行分配；其結果因甲黨薦選單之均數為 5166 有奇（即等於 15,500÷3），乙黨薦選單之均數為 7,500（即 7500÷1），丙黨薦選單之均數為 7,000（即 7000÷1），而乙黨薦選單遂亦得正式取得議員一名。由是，甲黨薦選單共得議員二名，乙黨薦選單得議員一名。換句話說，就是：甲黨以每 7,750（即 $\frac{15,500}{2}$）票出議員一名之率獲得議員二名；乙黨以每 7,500 票出議員一名之率獲得議員一名，丙黨雖未能取得議員名額，其所犧牲之票固亦在 7,750 及 7,500 之下。

右述最大均數法，為康特 (D'Hondt) 氏所創，故又名康特制；比利時自一八八九年即已行用此制，故此法又有比利時制之稱。康特及比利時根據此法之原理，更設為次之方式，以便開票時較易計算：先以１，２，３，４，……等數字，陸續除各薦選單所得票額，直至如斯除得之商數，其個數與該選舉區

應出議員之個數相等爲止（譬如該選舉區應出議員五個，則如斯除得之商數亦須有五個。）　次將所得商數，按其大小，依次排列；而以最末之商數（稱爲選舉除數 Diviseur Electoral）爲分配議員名額於各黨選單之標準。　茲再以前例爲喻解之：　某選舉區應出議員三人；甲乙丙三黨各黨選單所得票額：　甲黨選單爲 15,500，乙黨選單爲 7,500，丙黨選單爲 7,000。　先以 1，2，等數字除之，則得：

	甲	乙	丙
	15,500	7500	7000
以 1 除之得	15,500	7500	7000
以 2 除之得	7,750	3750	3500

茲將以上除得之商數，取其較大者三個，依次排列，則爲 15,500； 7750； 7500。　此最末之商數 7500 即爲『選舉除數。』　再以此數分除各黨選

單票額，卽得各該薦選單應得之議員名額。　由是甲黨薦選單得議員二名；乙黨薦選單得議員一名。

（丁）**德國比例選舉法**　德國新近試行之比例選舉法，係票額均一法之一種；至於選民投票，係純以各政黨之薦選單爲目標。　此法不獨可救前述最大殘數法（卽瑞士制）之失，亦且可救前述最大均數法（卽比利時制）之失。

上述瑞比兩制，雖較減記重記諸投票法爲精密，然少數黨選民如在選舉區中所得票數，不足特定數額，仍不免全被犧牲；推之，如少數黨在衆多的選舉區或各個選舉區俱係如此，則其所犧牲之票數總額，或不免甚大（多數黨自然亦能遭受此類犧牲。）　以是瑞比兩制之結果，仍或不能使各政黨在議會所占之議席，恰與各政黨所有之選民數額相當。　爲救此弊，德國一九二〇年聯邦議會下議院新選舉法，乃推行一種新式比例選舉法。　此法之

內容，既較。比。制。爲。簡。單。（比制爲一般選民所難了解，其開票時之計算手續，亦嫌繁重。） 精密之。程。度，亦復過。於。瑞。比。兩。制。

此法先預定一個當選票額，其數爲 60,000；至議會議員之總額，則不預定，俾隨投票人數之多寡而定。

各政團得提出次之三種薦選單：

（A）「選舉區薦選單」 此係各政團向各選舉區提出者。

（B）「聯合選舉區薦選單」 此薦選單係聯合數個「選舉區薦選單」而成。 （德國全國分爲若干聯合選舉區；每一聯合區，含有若干選舉區，將聯合區內各政團所提出之各「選舉區薦選單」歸併成一名單，卽爲該政團之一聯合選舉區薦選單。）

（C）「國薦選單」 凡已在諸選舉區提出薦選單之各個政團，倘得對於全國，提出一個「國薦選單。」

各選民在各選舉區投票時，務取一個『選舉區薦選單』而全投之，不得變更該單之人名，亦不得變更其人名之次序。

各政團「選舉區薦選單」所得票額，滿 60,000 時，該單卽出議員一人；如二倍或三倍……此數，卽出議員二人三人……；其殘餘票額，則與該政團在同一聯合區中諸選舉區之殘票相加；亦按每 60,000 人出議員一人之比例計算，此項議員，則歸諸該政團「聯合選舉區薦選單。」　此時如有殘數，則再與該政團各聯合區殘票相加，復按每 60,000 人出一議員之率，而給該政團之「國薦選單」以若干議員。

今更設例以明之：

假定全國共分爲甲乙丙丁戊五個聯合選舉區；又假定甲聯合區有 A，B 二選舉區；某政團在 A，B 二區所得選票，假定爲

A 選舉區 210,000

B 選舉區 160,000

由是某政團在A選舉區應出議員3人,其殘票爲 30,000 (210,000÷60,000=3+30,000);在B選舉區應出議員2人,其殘票爲 40,000(160,00÷60,000=2+40,000)。以上議員由A及B兩區『選舉區薦選單』分配。

復次,將A. B 兩選舉區之殘票相加, 30,000+40,000=70,000,由是,某政團倘得選舉出議員1人 (70,000÷60,000=1+10,000) 此名議員卽歸諸某政團甲聯合選舉區薦選單;其殘票 10,000, 卽爲某政團在甲聯合區之殘票。今更假定某政團在乙丙丁戊聯合區尙有次之殘票:

乙聯合區	30,000
丙聯合區	50,000
丁聯合區	55,000
戊聯合區	40,000,
	175,000

加入甲聯合區選票 $\frac{10,000}{185,000}$

由是，某政團之「國薦選單」尚可出議員 3 人；總計該政團所犧牲之票，不過 5,000 (185,000÷60,000=3+5,000)。

三 比例選舉制的理論

主張比例選舉制者，以爲：議會應爲全國人民之代表機關，而不應僅爲多數黨之代表機關；議會應如一個鏡子，能使國民全體之意見，各如其量陳象其中。　彼等以爲此種制度，就原則上講，既較多數選舉制爲公允；就實際利益上講，亦足使議會不易爲一黨壟斷之機關；由是，多數黨專制之弊，可以減免。

但是反對比例選舉制者，亦振振有詞。　彼等所持反對理由，約而言之，不外次之數種，茲分別解釋評論之：

其一，以爲比例選舉制與多數政治之原則相背——此說頗嫌幼稚，因政治問題

之取決多數，率屬不得已之舉；自非不得已，固未始不可代以他制。議會議員之選舉，既有他法可爲多數選舉制之代替，便不必固持多數政治之成見，認議會議員之產生，必須全由多數黨選民決定。且卽採用比例選舉制，議會中一切議案，固仍取決於多數；又安得謂比例選舉制足以破壞多數政治？如必屏除少數黨於議會之外，是不獨少數黨無決定國家政策之權能，卽其在議會抒發意見以求影響多數黨之政策，亦不可得。揆諸事理，豈得謂平？

其二，以爲比例選舉制足使政黨內閣制不易成立。英人之反對比例選舉制者，歷來多注重此點；因英格蘭夙爲行用政黨內閣制之國家故也。他們以爲比例選舉制之實行，可使許多小政黨，亦得列席議會；由是，議會之中或至不能有一個政黨，能在議會占有過半數之人數；果爾，則政黨內閣便或無從成立，縱能成立，亦難鞏固；其所以然，則因議會中既無一個占過半數議席之多數黨，則任何政黨組織內閣時，便不能不援引他黨入閣，以冀在議會獲得過半數之擁護，或雖不援引他人入閣，

亦須於其政策上，預與他黨協商，以取得其奧援。前一個手段，便將使內閣之組織，成爲混合性質；後一個手段，亦將使政黨內閣之地位，不易鞏固。英人爲欲維持其傳習上之政黨內閣制，故對於比例選舉制，頗持反對之論。惟是政黨內閣制，在理論上講，原不必爲絕對的良制；如選民之間，原無一個過半數之多數黨，而欲以一種選舉法，使議會得有一個過半數之多數黨，因以產生一個政黨內閣，尤有削足適履之嫌。且就事實而言，除英格蘭而外，其他諸國之採用責任內閣制者，亦幾無能實現政黨內閣制。蓋社會間之政治意見，甚形分歧，卽勵行多數選舉制，其結果往往仍不能使任何政黨，能在議會中占有過半數故也。歷來歐洲大陸諸國之內閣，率爲一種混合內閣者，亦卽以此。徵諸近事，卽英格蘭之議會，已不常有一個過半數之多數黨（一九二三年選舉結果便如此）故英格蘭政黨內閣之前途，究竟如何，亦難預計。

其三，以爲比例選舉制，可以減少選民投票之獨立與自由　列國所行比例選

舉制，有令選民投票，僅以各政黨所提出之薦選單爲目標者，已如上述。 此種束縛，亦卽遭人攻擊之一點。 但主張比例選舉制的人，所以追加此層束縛亦自有相當之理由： 他們以爲政治活動，根本上就是一種團體活動；處現代政治社會之中，任何私人之政治目的，都須假藉團體的協作，纔能實現。 既然如此，選民如不犧牲若干分個人自由，事事純依己意作去，則其個人目的，亦終無從實現。 照此推論下去，如果一個選民，不投一個政黨的人，而自由投選甲乙丙……數黨的人，他的選票，將成爲無意義，他的個人目的，也無從實現。

其四，以爲比例選舉制，足以增加政黨機關舞弄選民的機會。 此爲一般反對比例選舉制的人，攻擊最力之點。 他們以爲比例選舉制，內容較爲複雜，非一般人民之所能了解，以是採用此制，實際上便只增加政黨機關的經理人，舞弄選民，及指使選民之機會。 此說確具相當之理由，而爲吾人所難抹視。 惟是比例選舉制，亦實有種種形式，欲防杜此弊，似只當斟酌本國情形，取比例選舉制之較爲單簡或較

易了解者而採用之，似亦不能因是而完全否認此制（上述之德制，實際上亦並非十分難於了解。）循上所述，反對者之議論，雖亦確有足當吾人考慮之點，究不能完全推翻比例選舉制。

歐戰告終而後，此制之擴張，異常迅速：從前採用比例選舉制者，乃更擴充其適用之範圍（例如瑞士從前僅於諸州採用此制，歐戰以後，其聯邦議會之選舉法，亦已改用此制。）從前採用多數選舉制者，今則或部分的容納比例選舉制（例如英國；）或完全採用比例選舉制（例如德奧；）以故比例選舉制之普及，事實上似已不成問題，今之問題，只是此制之究應取如何形式耳。

第四目 強制投票

一 強制投票的意義及其形式

強制投票（Compulsory Voting, Vote Obligatoire）云者，即對於凡無正當理由而放棄其投票權之選民，施以法律的制裁。

之謂。所謂正當理由，卽指疾病及年老（例如七十以上之老人）等事而言。此種制度，許多重要的民治國家今雖尙未採用，然今之主張此制者，確屬甚衆；且已經採用此制之國亦殊不少；瑞士採用此制最早，比利時採用此制，而成效最著。此外如丹麥西班牙，德國諸邦中之巴敦(Baden)巴非維亞(Bavaria)以及中南美諸邦亦久已採用此制；最近則匈牙利，荷蘭及捷克斯拉非克亞諸國，亦已容納此制。

至於列國法律所設定之制裁，則亦有諸種形式：有對於凡無正當理由而放棄投票權之選民，僅由法庭予以譴責或小額之罰金者；有令此項罰金，隨選民放棄投票權之次數而遞增者；有以停止選舉權若干年爲制裁者（比制隨選民放棄投票權之爲初犯或累犯，分別採用以上數種制裁；）有規定每次選舉，如投票人數不及選民全體人數三分之二時則舉行第二次選舉，而令未及參預第一次選舉之選民，負擔第二次選舉之經費法者（此爲巴非維亞曾經採用之制度。）

二　強制投票制的理論　主張斯制者，其根本的理由，便在承認選舉權爲一

種社會職務，或爲一種含有社會職務性之權利。　選舉權既爲一種社會職務，或爲一種含有社會職務性之權利，則賦有此權者，自同時負有行使此權之義務。果爾，則在原則上立論，强制投票制，自然可以承認（參看本章第一節）　然主張斯制者，不特認此制在原則上可以承認，且謂實際上亦有不能不施行此制之種種原因。這些原因中之最大者，有二：　其一，如不施行此制，則由選舉產生之議會，有時仍或不能代表選民全體之多數因參預議會選舉之選民，有時或不免過少。　此等情形，即在民治發達的國家，亦或不免；即如英國，其選民對於政治之知識與興趣，總算比較的濃厚；然就其最近幾次下議院選舉結果看去，其放棄投票權之選民，有時亦佔選民全數百分之三十以上（一九二二年之選舉），甚或超過選民全數百分之五十以上（一九一八年之選舉）。　論者以爲此類情形，如施行强制投票，當可獲得相當之補救。　譬如比國於一八九三年以前，放棄選權之選民，爲額亦極大，然自一八九三年採用强制投票之後，選民之放棄投票權者，頓形大減；　此項放棄投票權

之人數，於比國下議院一八九四年之選舉，竟不及選民全數百分之六；於一八九六年之選舉，不及全數百分之八，於一八九六年之選舉，亦不及全數百分之六。 其二，在許多國家中，一般人民，或因厭惡議會制度與議員，或因選權普及而賤視選舉權，遂致自甘放棄其選舉權，於此如不施用强制投票制，則其流弊將不堪設想；因為民治主義之最大仇敵，便是一般人民對於政治問題之不肯注意與不願奮鬪故也。

以上為主張强制投票制者之幾種重要理由。 反對此制者，亦有兩層普遍的意見： 其一，以為强制投票制，縱能强迫人民至投票地點報到，然彼之投票與否，與彼之投票能否不投廢票，仍非强迫投票制之所能為力；以是强迫投票制，仍或不能達其本來之目的——迫令全體選民或極大多數之選民，對於政治問題，表示其真實之意見。 其二，反對者以為法律的制裁，事實上亦嘗難嚴格的實行，因每次選舉各處選民之放棄選舉權者，人數或達萬千，法庭之審問處罰，蓋屬十分困難之事。(西班牙雖行强制投票，然各選舉區中選民之放棄選舉權者，有時仍佔全數選民

百分之四十至八十；在此種情形之下，法律上所規定之制裁，自然只能成爲具文。

吾國現行各種選舉法，俱未採用強制投票法；然近今亦頗有主張此制者。愚意就吾國情形而論，此制之能否施行，與施行後之能否收效，於上述諸種理論而外，尙須注意次之兩點：　其一，選民之教育程度太低，則凡放棄投票權者，大半只緣對於政治問題之無從了解，果爾，則雖強令投票，仍不能有相當之效果。　其二，交通不便，人民馳赴投票地點之需時耗費，亦遂不免過大；果爾，則雖施行強制投票，人民之放棄投票者，仍或甚衆。　其在他國，此兩項流弊，俱漸消滅；第二層流弊，縱尙存在，亦已設爲種種方法，如增設投票區，發給選民以火車免費票之類，以爲補救；以故施行此制，爲事較易。

第五節　選舉程序

第一目　祕密投票

祕密投票 (Secret Ballot) 制，在保持選民投票之獨立與自由而冀選舉賄賂與選舉恫嚇之事因是可以大減；因在此種投票法之下，行使賄賂或恫嚇之人無從確知選舉人所選舉之人名故也。 法國承認祕密投票，始於第一次大革命。 英國則遲至一八七二年始廢止舊日言詞選舉之法，而採用祕密投票法。 然英國當時之採用祕密投票法，亦不過廢止言詞選舉法，而代以無記名書面投票法——換言之，即係令選民於選舉票上僅書被選舉人姓名，而不自署姓名。 今則法英美等國所採用之祕密投票，較此俱更形細密：

其一，法國現行之祕密投票法 依照法國下議院現行選舉法，每一選民，於其親赴投票場所，依法向選舉官吏證明其履歷後，即領取選舉封筒一枚；隨即走入投票場中之一個獨室 (Isoloir) （投票場內置有許多之獨室）將彼所欲選舉之人之姓名，書諸選票中，隨即封入封筒內，將封筒封固然後退出獨室，將該封筒投入獨室外之投票匭。 在此種方法之下，無論何人，自皆不能窺視選民之塡寫選票；當選

民投票時，亦無人能窺見其選票之內容。

吾國民國元年衆議院議員選舉法，所採用之祕密投票法，亦爲無記名投票法：然該法並無關於封筒，或獨室之規定。　該法之施行細則（元年九月十日頒布）卻有關於投票封筒之規定（第二十四條及第二十七條），並有『投票所須有相當設備，使投票人不能互相窺視及交換傳觀與其他不正行爲』之規定（第十七條。）　惟就愚所知，此第二項規定，實際上亦只成具文。

其二，英國現行之祕密投票法。　英國下議院現行選舉法，倣自其屬地澳大利亞；故通稱此法爲『澳大利亞投票法』（Australian Ballot）。　此法於各選舉區中，由政府製成選舉票，列舉該區候補當選人之姓名：（依照英國及其屬地澳大利亞等邦之選舉法，各選舉區當選之議員，俱以該區候補當選人爲限；所謂候補當選人，卽希冀當選之人，其姓名曾經若干選民提出於選舉官吏者。）　於選民親莅選場時，卽以之授予。　選舉人隨卽走入選舉場內之一個獨室（通稱爲 Voting

Booth）中，在選舉票上擇定彼所願選之人名作一符記，隨卽將選票封捲；退出室外投入投票匭中。此種方法，一面既可增加祕密之程度，一面復可使不能書寫之選民，亦能投票；因選民只須在選舉票上，某某人姓名之側，作一符記，而無須自寫被選舉人姓名故也。（美國諸邦之採用（澳大利亞投票法）者，有時並准各政黨得提出一個政黨旗幟；而將該旗幟印諸選舉票中該黨候補當選人姓名之側；由是選民之不識字者，只須認識其本黨之旗幟，亦可投票。）

近來美國諸邦，並有採用『選舉機器』（Voting Machine），以增加選舉之祕密，與節省開票計票諸種手續者。

反乎一般民治國家的趨勢，而採用公開選舉制者，最近有兩個國家：一爲匈牙利，一爲蘇俄。蘇俄採用公開選舉，遂使一般非共產黨人實際上殆完全失卻選舉自由。

第二目　選舉舞弊與選舉訴訟

一　**選舉舞弊**　選舉時，選民與選舉官吏以及希冀當選者之種種舞弊，實是選舉制度中之重大問題。　此種舞弊，列國罔無不於其選舉法或刑律中，設爲相當之罰則。　吾國民國元年衆議院議員選舉法第九十四條規定『關於選舉之犯罪，依刑律處斷；』暫行新刑律第一百五十八條至一百六十三條，對於官吏或普通人民妨害選舉之種種行爲，如賄賂，期約，對選民或選舉官吏之施行强暴脅迫，以及騷擾選舉場所之類，俱設有褫奪公權及其他罰則。　惟是僅於法律上對於選舉舞弊行爲，設爲罰則，而不別設諸種方法，以使此種行爲不易發生，實際上仍恐不能發生重大效力。　且賄賂行爲，涵義究嫌空泛；何種行爲之應認爲賄賂，亦應有精細的具體的規定，俾一切選舉當事人，瞭然於選舉道德之範圍，而不易受人欺罔，或欺罔他人。

英國自十八世紀以來，選舉賄賂行爲，宛成風氣；卽至十九世紀後末期之初，而此風仍未大止。　然自一八八三年頒行禁止選舉舞弊行爲之法律(The Corrupt

and Illegal Practices Act of 1883）而後，此風卻已大減；今則英國議會選舉之純潔，殆爲一般人士所公認。　該法律之特點，卽（一）在對於各種選舉舞弊行爲，依據經驗所得爲具體之列舉；（二）在對於候補當選人（Candidate）之選舉運動，設爲嚴密的限制與制裁，以冀賄賂行爲，實際上亦難於發生。　其所定之限制，不僅在限制當選人（卽希冀當選而其姓名曾經提出於選舉官吏者）使用選舉費用之方法；抑且限制各候補當選人，在其選舉區中之合法費用，亦決不得超過特定之數額。　其所定之制裁，不僅對於行使諸種賄賂行爲者，設爲嚴酷之罰則，抑且限定各選舉區中，各候補當選人使用合法的選舉費用時，亦須交由一個彼所委託之代理人，代爲支付，而由該代理人造具詳細之賬目及收據，送交官吏查核，並由該官吏向本選舉區宣布，藉使一般選民亦得查察。　（一般選民如發見舞弊行爲，自能告發，而請求『國家律師』（Attorney-general）提起選舉訴訟。）

美國之選舉賄賂行爲，曩亦極形普遍；最近美之各邦，亦漸多摹倣英制者。　惟

是美國諸邦之選舉競爭，大率由政黨機關出款主持，或由鐵路，保險等等公司納款主持，選舉費用，並非如英國，大都出於希冀當選之人，以是美之諸邦，不特對於候補當選者限制其選舉用費與其使用之方法，並有對於各政黨之選舉費用，亦予以相似之限制者；其聯邦議會並已於一九〇七年通過一種法律，禁止各種公司或銀行，對於聯邦官吏之選舉，納款以幫助任何人之選舉費用。㊀

至關於選舉官吏開票計票時諸種舞弊之防範，列國有令各候補當選人或政黨得以委派監察員者。 民國元年衆議院議員選舉法第十六條亦規定初選覆選俱須設投票管理員，開票管理員，與監察員，然皆由選舉監督委任，惟監察員必須為本選舉區選民耳。

二　選舉訴訟　關於選舉人當選資格之種種訴訟，究應由何種機關審判？這個問題之解決，英法兩制，頗不一致：

註㊀ A. N. Holcombe, State Government in the United States, 第 224-239 頁。

法制，凡當選議員，於其初到議院之時，不論彼之當選資格，曾否發生爭訟，俱須經由該議院之審查；非經審查合格者，其議員資格不能成立。 如有對於當選議員之資格，提出選舉訴訟者，亦須以當事者所隸屬之議院，為判決之機關。㊁ 英制，凡對於當選議員資格所提起之選舉訴訟，以及其他選舉訴訟，俱由法庭審判，而不由議會自理；凡新到院之議員，亦無須經其本議院之審查；但議院於其任期之中，對於本院議員，因議員之犯罪或其他重大原因，亦得隨時以本院之決議，取消其議員資格，而召集補選。㊂

以上為英法兩制之差異。 法制對於當選議員資格之訴訟事件，不付諸法庭處理，而由議院自行處理者，蓋關於選舉事宜，行政機關，往往即為舞弊之關係人，如將關於當選人員的資格之訴訟，付諸法庭處理，則法庭因畏懼行政機關，處理不公，

註㊁ Esmein, Droit Constitutionrel, t. II, 第 355 頁。

註㊂ Courtney, The Working Constitution 第 89 頁。

事勢上決所不免。然就他方面看去，英制之不以此項訴訟付諸議院自理而以之付諸法庭者，亦有一個極大理由：蓋議會之一切決定，實際上將俱爲議會多黨之決定；如將關於當選議員的資格之訴訟，付諸議會審理，則多數黨袒護本黨議員與苛待異黨議員之事，勢所難免；以是議院之決定，亦極難望其持平。德國一九一九年新憲法，已採用一種折衷方法：該憲第三十一條設立一種特殊機關名爲『選舉審查法院』(Wahlprufungsgericht)，該法院之職權，卽在審理一切關於下議院議員資格之爭議問題。該法院爲法庭與議會合組之機關；其一部分院員係由每屆下議院就本院議員中選任，其他一部分院員，係由聯邦行政裁判院 (Reichswaltungsgericht) 推薦，而由聯邦總統任命。此種方法，德屬諸邦中亦已有模倣者。

吾國民國元年衆議院議員選舉法（第九十至九十三條）規定一切選舉訴訟事宜，（辦理選舉人之舞弊違法，當選人之資格不符，落選人之應當選而未與選等事）概歸法庭審判，蓋亦模倣英制（參看二年議院法第二章第六條第三條。）

至關於衆議院選舉的訴訟之提起，期限則須自選舉日起，初選於五日內，覆選於十日內向法庭提起。（其所以限制必須於選舉日起始能提起者蓋選舉訴訟，如得於選舉以前提起，則提起選舉訴訟之權，或不免爲人利用，以爲防止他人當選之一種武器）但衆議院議員選舉法雖以一切選舉訴訟之審判權，歸諸法院，而二年議院法，卻仍承認參衆兩院，對於本院新到院之議員，有審查其資格之權，開會之後，各議員資格發生疑義時，各院亦得各自審查之；特此項審查，不能涉及選舉訴訟事件耳。以是各院固仍有取銷其本院議員資格之權（看該議院法第六條至第八條。）



第二章 公民直接造法權

在古代希臘許多『市府國家』(City-State)中，公民團體不僅享有選舉國家官吏之權，抑且享有直接造法之權而且當時除公民全體大會而外，並無所謂議會或代議團體，以是公民團體，不獨爲最高之造法機關，抑且爲唯一之造法機關。現代諸國所屬之地方團體，亦有以如斯完全之造法權，純粹委諸公民大會而不另設議會或其他造法機關者，如瑞士諸州中至今尚有數州，沿襲其中世紀遺傳下來之Landsgemeinde（即公民全體議會）制者是。然此種純粹民治制度，究只能行於區域極小之社會在地域稍大之社會，固俱不能行用此種制度；即在民治極發育之大國今亦只於議會之外，承認公民團體得以參預造法，並不能純以造法之事付諸公民。至於公民團體，在現今民治發育諸國中，參預造法之方式，約有兩種：其

一爲『複決』（Referendum）（愚舊譯爲『公民票決』）其一爲『創制』(Popular Initiative)（愚舊譯爲『公民建議』）本章內容，即在論述這兩種制度。

第一節 複決權

一 複決的意義及其形式 複決(Referendum)制之形式頗多，就其一般的形式言之，所謂複決，即取議會所通過之法律案或憲法案，重付公民投票表決之謂。公民之表示，自只能爲贊成或反對之投票，而不能於投票之前，共同集會討論，蓋公民人數甚衆，事實上實不能集合討論也。 複決制之遠源，雖不始於近代，然嚴格的複決制，究僅肇始於十八世紀美法革命之時期。 當時革命份子，服膺盧梭民權主義之說，且認憲法爲民約，乃有主張一切憲法須經人民批准者。 一七九一年法蘭西革命政府所組織之『國民會議』(Convention Nationale)，並曾通過一種決議，

宣言凡未經人民批可之憲法，不得目爲憲法（該『國民會議』於一七九三年所制定之憲法，即首付諸人民投票表決。）　十九世紀期內，瑞士諸州陸續採用此制，大半亦是受了盧梭學說的影響。然在此次歐戰之前，列國間採用此制者，幾以瑞士及美之諸邦爲限。歐戰告終而後，歐戰新造諸國之憲法，乃亦相率採用此制；德奧新憲法，即其最著之例。

列國所採用之複決制有許多的形式，簡括言之，可分爲次之四種：

其一，制憲的複決（Referendum Constitutionnel, Constitutional Referendum）此指複決之適用於憲法案者而言；換言之，制憲的複決云者，對於議會或其他制憲團體所通過之憲法案或憲法修正案，所召集之複決也。　列國所採用之複決制，往往限於制憲，美國諸邦之採用複決者，大半如此。

其二，立法的複決（Referendum Législatif, Legislative Referendum）　此指複決之適用於普通法律案者而言。　換言之，立法的複決云者，對於議會所通過之

普通法律案所召集之複決也。 瑞士各州，對於制憲的複決，固已一致採用，卽對於立法的複決，亦幾已一致採用： 現時瑞士各州中，除採用 Landsgemeinde 諸州，已以完全造法權委諸公民大會外，其餘諸州，除 Fribourg 一州而外，複決制並皆適用於普通法律案。㈠ 美國諸州則以複決制適用於普通法律案者，比較尙少。 最近德奧等國憲法，亦俱承認複決制得適用於憲法案及普通法律案。

其三，強制的複決(Referendum Obligatoire, Obligatory Referendum)． 凡認議會所通過之憲法案或法律案，必須經過複決，始能成立時，該種複決，卽爲強制的複決。 現時瑞士聯邦憲法，及瑞士各州憲法，對於議會通過之憲法修改案，俱限定必須經由複決，始能成立；換言之，卽瑞士所採用之制憲的複決，概爲強制的複決。卽對於普通法律，瑞士諸州中亦已有若干州，採用強制的複決。 他國之採用強制

註㈠ 瑞士複決制適用之範圍雖如此擴大，但有一種法律案，瑞士聯邦憲法及其諸州憲法大都認爲不能適用此制，卽議會中所通過之「緊急」案，俱不得要求交付公民複決是也。

的複決者，大都限於制憲的複決；但美之諸邦，亦有極少數之邦，對於憲法案及普通法律案，俱採用強制的複決。

其四，**自動的複決**（Referendum Facultatif, Facultative Referendum） 凡議會通過之憲法案或法律案，必須經由公民自動的要求，或其他機關自動的要求，始付複決時，該種複決，卽爲自動的複決。 列國之採用立法的複決者，大率爲自動的複決；卽對於制憲事宜，列國亦有僅採自動的複決者。 自動的複決，自然亦可由種種團體提起召集，以是自動的複決，倘可分爲次之幾種支派：

（甲）**由公民要求召集之複決** 此爲自動的複決最普通之形式。 凡採用此種形式者，則議會所通過之議案（法律案或憲法案），於通過議會後一定期限內，倘經公民若干人之聯名要求，便須交付公民全體投票表決。 例如瑞士聯邦憲法第八九條規定，凡聯邦議會通過之普通法律案，倘經公民三萬人之要求，或八州政府之要求，便須提交公民表決是（至於此項要求

提出之期限，則經該憲第九〇條聲明，須別以法律規定。） 又德國一九一九年新憲法規定，凡公民對於議會所通過之憲法案或法律案要求召集公民複決時，要求之人數，必須滿全國公民總額二十分之一。

此種自動的複決，在版圖稍大之地域，實際上殆極不易實行。 何則？ 蓋法定要求之人數，論理原不能太少，否則便係承認極小部分之公民，亦得與議會相對抗；然法定之人數稍高——例如德國定爲全國公民二十分之一，其數將爲一百數十餘萬——則當事者之湊集簽名人數，與夫政府當局審核簽名之眞僞，事實上又近於不可能也。

（乙）由議會要求召集之複決　美國諸邦議會，因欲訴諸人民公意，或因卸責於人民，每每對於本已所通過之法律，其性質在法律上原無提交公民複決之必要者，亦自願以之提付公民投票表決。 由是，公民複決，不獨可由人民自動的要求召集，卽議會亦可自動要求召集。 在美之梅其汗(Michigan)

邦，且僅以要求召集公民複決之權，委諸議會，而不以之委諸公民。　最近奧國一九二〇年新憲法亦復如是；按照該憲第四三條及第四二條之規定，則下議院之多數，對於普通法律，便得自願的提交公民複決；至於憲法修改案，則雖上院或下院三分之一之議員，亦得要求召集公民複決。　凡斯規定，俱在給議會多數或少數以訴諸公民之機會。

最近德國新憲法第七十二條並承認上議院對於下議院通過之憲法修改案，如不能同意時，得要求召集公民複決。　此種規定，在以公民複決解決上下兩院之衝突。

（丙）由行政機關主張召集之複決　德國新憲法第七十四條並承認總統對於議會通過之法律案，於一月內，得以提付公民複決。　此種規定之目的，在以公民複決為解決行政機關與議會對於法律案意見之衝突。

（丁）由各邦政府要求召集之複決　瑞士聯邦憲法第八九條規定，諸州中

如有八州對於聯邦議會通過之法律案，要求公民票決時，卽須召集公民複決。此種規定之目的，在給予諸州以對抗聯邦政府之權。

以上所述，爲複決制諸種形式之大要。以下將更取主張及反對斯制之理論，約略論之。

二　複決制的理論　一般主張複決制者所持之理由，不外次之三種：

其一，以爲複決制，爲民權主義之條件　這是服膺於盧梭學說者所持之見解；因依盧梭之理想，則人民主權之表現，殊不能純藉代議制度；倘因地域較大之故，不能以完全造法之權，畀諸公民，盧氏之意，似亦以爲須令公民享有批可法律之權。法蘭西大革命時代之採納公民複決制，與十九世紀期內瑞士諸州之相率採納此制，大半係受盧氏學說之影響。　其二，以爲複決制可以防杜議會之專斷與失職　持斯說者，以爲公民如不保有此權，則議會之立法，便或不免有蔑視輿論，拂逆民意之事。倘授公民以此權，事前既可使議會議員有所忌憚，而使此類情事不易發生；

事後亦獲有所救濟。近數十年來，美國諸邦之採用複決制，大半因爲議會議員嘗爲財閥所賄買所左右，而有許多專橫失職之情事。其三，以爲複決制，富有政治的教育作用。蓋複決之舉行，可使一般公民，對於政策問題，不能不予以相當之注意；因凡馳赴投票之人，自非自甘盲從，便不能不對於法律案之內容，預先求得相當了悟故也。以故複決權，對於公民的政治教育作用，殆遠過於選舉權；因爲公民行使選舉權之時，一般人士所討論與注意，或不免偏於人選問題；因之一般選民，對於政策問題，當不能吸收相當之知識，得着相當之了解。

一般反對複決制者，卻又謂此制含有幾種重大缺點；此種缺點，如依法儒愛斯曼(Esmein)氏之說，可說是含有次之實質的與形式的兩層：

社會愈進化，法律愈繁，法律內容亦愈趨複雜；自非公民知識，異常發達，斷難望其充分了解；不能充分了解，又烏能畀以表決之權？卽令其知識足以了解，然一般公民，亦不必俱有充分的興會與充分的餘暇，不斷地去研究議會所通過之法律案

件。　果爾，複決制之施行，其結果將不外兩種：或則大多數公民，對於提交表決之法律案件，爲盲目的可決或否決；或則公民之多數或一部分，因無暇過問立法問題，遂至並投票責任而放棄之。　此卽愛斯曼氏所稱爲複決制實質上缺點。

復次，凡國家或地方團體之版圖逾一定範圍以上，則雖採用複決制，亦決不能集全國公民於一地，共同投票；　卽能集公民全體於一地，亦祇能令公民爲贊成或反對之投票，而不能共同討論。　由是一般公民，對於提交表決之法律案，大都不能得一詳盡真實之領悟。　其所據以評判法律案之知識，大率得諸政府所頒給之說明書或報紙；然政府說明書與報紙之意見，或皆不免有所偏袒，而不能給予公民以評判的真實資料。　斯卽愛斯曼氏所稱爲複決制之形式上缺點。

除以上所述贊成及反對兩方之一般理由而外，贊成者與反對者尚有觀察相反之數點，亦頗有趣。

贊成複決制者羣認此制爲消弭革命之良劑。　蓋謂法律經議會通過後，少數

黨每每以該法律違反實在的民意爲辭，肆力反對；使將法律更付公民投票表決，多數少數兩黨之爭，亦自可以奄息。不特此也；凡經公民否決之法律，議會尙可重行考慮，酌予修改，使與當時人民的意志相投；如是凡與時代精神不甚融洽之法律，俱不至發生；法律之施行，亦遂無反動與抵抗之堪虞；革命之事，亦遂不致發生。說者謂瑞士自一八四八年以來，絕無革命之事實，未始非複決制普及之力，蓋卽以此。但反對複決制者，卽又認此制可爲革命之媒介。蓋謂在純粹代議制度之下，凡法律案，一經通過議會，普通人民便視爲法律，至於該法律之成立，是否經由極大多數之贊成，或僅經由一個小小的多數之贊成，彼等初不十分過問。倘以法律付諸公民親自表決，則曾經投票反對該項法律者，於該項法律施行之時，便或不免抱憤懣之情；倘當時反對人數與贊成人數相差無幾，則該項法律之施行，便或不免擾着許多的抵抗；甚或釀成政府與人民之積極衝突。所謂複決制足爲革命之媒介者以此。此贊成與反對兩方觀察相反之點二。

贊成複決制者，復謂此制可以增長人民對於法律之責任心。蓋處單純代議制之下，人民對於服從法律之觀感與興會，初不必甚濃，以法律之成立，始終只出自議會之手，人民未嘗過問也。如採複決制，人民既已直接參預法律之制定，卽不能對於法律之成效，漫無責任觀念；由是法律施行之時，亦可得着人民直接或間接之助力。然就他面觀之，反對者又以爲此制可以減少議會對於法律之責任心。蓋法律之最終成立，既係經由公民表決，則對於該項法律將來成效之優劣，議會自可卸責於人民；由是議會於通過法律案時，其起草，審查，與討論諸程序，亦或不免流於草率。此贊成與反對兩方觀察相反之點又一。

凡上所述贊成及反對兩方之諸種意見，吾人假都不能爲絕對之否認。以故斯制之宜否採用，不是可純從斯制本身的利弊上決定的；還須看採用斯制之國家，有無特殊之狀況——如公民教育程度之高，公民政治興味之厚，國家版圖之小之類——能使此制施行之流弊與困難，可以減少。且斯制原有種種之形式，卽採用

斯制亦須斟酌國情而考量適宜之形式。 吾國臨時約法及中華民國憲法，俱未採納斯制或其他公民直接造法制；但近今湘浙等省憲法或憲法草案，卻俱已採取複決及創制等制。 在孫中山先生的民權主義及國民黨黨綱中，公民亦須具有四權；卽選舉權，複決權，創制權，與直接罷免權是。①

第一節 創制權

註① 關於複決及創制兩制之參考書籍亦至繁頤茲摘舉其比較普通者數種如次：

Lowell, Public Opinion and Popular Government (1912);

Beard and Schultz, Documents on the Initiative, Referedum and Recall (1912);

Curti, Le Referendum (1904);

Bonjour, La Démocracie Suisse (1919);

Bryce, Modern Democracies (1921); Chaps XXIX & LXV;

Esmein, Droit Constitutionnel (1921), t.I. 第 412–444 頁。

一　創制的意義及其形式

創制(Popular Initiative)與複決有別。　複決在令公民團體對於議會已經通過之普通法律案或憲法案，而爲贊成或否決之表示；以故複決制之目的，只在防止議會違反民意而制定某種法律。　創制制，係承認公民達若干人數，得提出關於法律或憲法之建議案，要求公民複決；以故創制制之目的，在防止議會違反民意而不制定某種法律。

瑞士及美之諸邦，尙有於採用複決而外，復採創制制者（最近德奧等國憲法亦然。）　然其採用之形式，彼此頗不一律。

就創制制適用之範圍而言，則有『制憲的創制』與『立法的創制』之別；前者係承認公民若干人，對於憲法修改問題，得以提出建議案而要求公民複決；後者係承認公民若干人，對於普通立法問題，得以提出建議案，而要求公民複決。　瑞士諸州，除 Fribourg 一州而外，俱承認創制制適用於制憲問題及普通立法問題；然瑞士聯邦憲法，則僅採用制憲的創制。　美之諸邦中，因視制憲問題較普通立法問

題爲重要，轉有採用立法的創制，而不採用制憲的創制者。

就創制制之諸種程序而言，則瑞士與美國諸邦間所採用之公民創制制，亦有種種形式，就大體說，這些形式亦可分爲兩類：其一，公民之建議只標示幾種原則，並不自行制定一種完整之法律草案。按照瑞士聯邦法律之規定，凡公民關於憲法問題之建議，便得僅僅標示原則；此種原則，如爲聯邦議會所贊同，則逕由該議會根據該原則制定一種法律草案，交付公民複決此種原則，如不爲聯邦議會所贊同，則須先將該原則付諸公民複決；如公民贊同該項原則，然後由聯邦議會依照該原則起草一種法律，重交公民複決。此項制度自然可以減少法律案內容之粗疏草率；因法律案之起草，既不屬諸普通公民，而屬諸議會，則起草者之法律知識與經驗，與夫草案在議會中所吸收之討論與修改，俱足增加該草案之精密故也。然就他方面觀之，議會所制定之法律案，有時或不免與公民原來建議之原則相出入；由是公民之意旨便終爲議會所售；如議會對於該項原則，原不贊同，則此層流弊尤屬

難免。 其二，公民之建議，係屬一種完整之法律草案。 此種方法，自然可以免除前項方法之流弊；然起草法律案所需要之法律知識，行政經驗，與夫法律文字的技術，往往非普通公民所能勝任愉快；倘容認此種方法，而不設爲相當之補救，法律將不免流於草率粗疏。 以是，列國創制制之容認此種方法者，亦往往附加條件； 例如瑞士聯邦法律雖亦承認公民對於憲法問題之建議，得提出完整之草案，然聯邦議會，如對於該草案不能贊同，便可提出相反之草案，偕同原草案，一併交付公民複決。

㊀ 美國嘉里福利亞(California)邦亦已採用與此相類似之制度。 一九一一年美之韋士康孫(Wisconsin) 邦，並已有人提議，凡公民所提出之建議案，一律須先交議會討論，如議會完全承諾該建議案，或議會對於該建議案所提出之修正，能取得建議者之同意，則該建議案便無須交付公民複決；否則建議者乃得要求以原建

註① Bonjour, La Démocratie Suisse (1919) 第 134 頁。

議案（或加以修正）交付公民複決。㈡　凡斯限制俱係對於公民自行提出之法律草案，謀所以減少其內容之草率粗疏者也。

二　創制制的理論　主張創制制者羣認斯制為民權主義之條件，為增進公民政治知識之利器，為防止議會失職之救濟方法；故其理由，大率亦與主張複決制者相同。　然他們以為僅僅採用複決，而不兼採創制，則民權主義究不能充分實現；議會的失職，亦往往不能有充分之救濟。　反之，凡反對複決制者，其於創制制，亦更提出兩種特別理由，而認此制之流弊較複決為尤鉅：　其一，以為採用創制制，則多數之壓迫少數，或較單純之議會制度為尤甚；因議會所成立之法律，大都不能全不容納少數之意見；在創制制之下，公民所表決之法律，也許完全不及容納少數黨之意見，因為少數黨於法律表決之前，不能有所修正。　其二，以為創制制足使法律流

註㈡　但此項提議，始終未及成為法律。（Holcombe, State Government in the United States, 第 438 頁。）

於草率粗疏，因起草法律之公民，既不必皆爲富有法律知識與經驗之人，且此種草案之成立又非如議會所通過之法案，須經種種的討論與修正之程序。　此層流弊，雖亦可如上述瑞美諸邦之方法，謀爲相當之補救，然實際上此種補救，仍自有其限度；以故此層理由，吾人終不能不認爲重要。㈢

註㈢　關於創制制之參考書籍略見前節註㈡。

第三章　公民的直接罷免權

在民權發育諸國，公民的權利除卻選舉，複決，與創制諸權，尙有『直接罷免』(Recall) 權。直接罷免之制，在歐戰以前，僅行於瑞士諸州及美國諸邦。歐戰以後，歐洲諸國新憲法中亦有採納此制者。在蘇俄則此制尤爲盛行。吾國臨時約法及民國十二年十月十日之中華民國憲法雖無容納此制之規定，而自民國十年以後，各省之草擬省憲者卻亦傾向此制。

一　直接罷免的意義及其形式

爲使公民對於國家機關之議員或官吏，行使直接之制裁起見，瑞士諸州，以及美國諸邦乃更授予公民一種權利，稱爲『直接罷免』(Recall) 權。直接罷免權云者，卽凡公民滿若干人，卽得對於他們認爲失職之議員，或行政官吏，或法官要求公民全體投票，罷免其職守之權也。此種制度，

最近歐洲諸國之新憲法亦已有採納者。 斯制之形式亦有次之種種：

其一，爲適用於議會議員之直接罷免制。 此種直接罷免制，亦有兩種不同之形式。 或則承認一個選舉區中之選民滿若干人時，對於其本區之議員，得要求本區選民全體投票，以罷免其職務，而另選他人補充之。 以故此種罷免，僅係適用於議員個人之一種罷免制度。 美國諸邦對於議員所採用之直接罷免制僅屬此類。 或則承認全國選民滿若干人時，對於議會全體，得要求全國選民投票解散之，而行新議會之選舉。 以故此種罷免，實即公民之解散議會。 瑞士諸州夙已採用此種直接罷免之形式，名爲 Abberufung；今則普魯士一九二〇年之新憲法亦已採用之（該憲第一四條。）

其二，爲適用於行政官吏之直接罷免制。 瑞士諸州及美國諸邦，對於民選之行政官吏，亦有承認其本選舉區的公民，得以要求本區公民全體投票，以罷免其職務者。 蓋行政官吏之出自民選者，其性質原可認爲與議會議員相似，故亦以直接

罷免制制裁之。　其在美國諸邦，且有對於議會議員尙未採用直接罷免制而對於民選行政官吏，則採用此制者；甚或對於非民選之行政官吏，亦採用此制。　德國新憲法，對於總統罷免問題，亦已採用一種特殊的直接罷免制：　依照該憲總統應出自人民直接選舉（該憲第四一條）至於總統之解職，則可由聯邦下議院（Reichstag）提議，而交由全國公民投票表決之；公民表決之結果，如贊成下議院之提議，則總統便須退職；否則公民之表示應卽認爲總統之重行當選，元來之下院並須立卽解散。（該憲第四三條）　此種規定之目的，在以公民團體，解決議院與行政元首間之衝突；以故不以要求罷免之權畀諸公民，而僅以決定罷免之權予之。

其三，爲適用於法院法官之直接罷免制。　美國諸邦中，法院之法官，亦有出自民選者；就中並有極少數之邦，對於民選法官亦採直接罷免制。　至其採用此制之原因，大半因爲美國法院嘗有根據憲法以否認公民所曾表決的普通法律之故。蓋一種普通法律之經由公民複決者，倘被法院否認，在法律上講，雖屬法院權限以

內之事（美國法院享有憲法解釋權，）事實上固仍易誘起人民之攻擊；以是美國選民，乃有主張以直接罷免制施諸法官者。惟是直接罷免制雖可適用於議員或行政官吏，其不宜適用於法官，要可斷言。邇來美之諸邦，亦有對於法官不逕採用直接罷免制，而採用他種的直接制裁者；卽所謂『直接的撤銷判決』(Recall of Judicial Decisions)者是。所謂『直接的撤銷判決，』卽公民對於法院之判決，得以要求公民投票撤銷之之謂。在此種制度之下，法官個人之地位，雖不因公民之好惡喜怒而生搖動，然此制卻亦含有他種流弊。以是美國諸邦之採用此種撤銷判決手續者，仍屬寥寥。

二　直接罷免制的理論　主張此制者之理由，約略言之，不外兩層：其一，以爲在原則上講，議員或官吏之出自民選者，旣係公民委託之人，如果他們不能保有公民之信任，公民當然得行使罷免之權。其二，以爲就實際的利益而言，公民對於此類議員或官吏，如保有隨時直接罷免之權，則議員官吏之行動與意見，或不敢公

然蔑視民意；由是，他們舞弊營私與夫貪污專斷之行爲，或可減少。 美人且謂直接罷免可以代替議會之『彈劾』(Impeachment) 制，而其效用且較彈劾制爲更廣；因一般國家之彈劾制度，僅適用於官吏而不能適用於議員；僅適用於犯罪行爲，而不適用於普通的失職行爲故也。 這些理論，自然只是一方面的見解。 反對直接罷免制者，則羣謂此制可使官吏或議員過於畏葸趨避，而不敢負責任作事，且謂此制可使愛惜名譽之人，不願爲公衆服務； 因罷免案之提起，既只須一小部分之公民，則雖賢者固亦難免被人提出罷免案以攻擊之，由是，凡名譽心甚重之人，便或不免視國家機關之位置爲畏途。 有些論者且謂議員及民選官吏，如其任期不十分過長，卽亦無慮其甚與民意相左，初不必採用直接罷免而後選民與議員官吏間之意見，始易趨於一致。

美國諸邦，爲防止罷免權之濫用起見，對於罷免案之提起，往往設置兩項限制：人民對於任何官吏，於其就職後之最初期間內（通例定爲六個月）不得提出罷

免案。此其一。罷免案之提起，在一個官吏的一次任期內，以一次為限。此其二。㈠有此兩項限制，上述罷免制之流弊，雖不能免除，要亦可以稍減。

註㈠ Munro, The Initiative, Referendum and Recall 第44頁。

第四編　國家機關及其職權

在政治發展已達一定程度的社會，國家職權蓋無不有行政，立法，與司法之別，而設置三種機關，分別行使這三種職權。這便是十八世紀以來學者間之所謂三權分立主義。然現今諸國，雖羣認國家職權之分化爲必要，雖各各設有議會，行政機關，與法院，以行使行政，立法，與司法諸權，而關於此種機關之組成及其職權之限界，彼此仍極不一致。本編的內容，在對於列國議會行政機關，及法院的組成與職權，爲比較的說明及討論。

復次，中央與地方職權的劃分，在單一國家雖不構成憲法問題，在聯邦國家則構成憲法上之首要問題。本編因另立一章專論聯邦制度。

以是，本編共分四章：曰議會；曰行政機關；曰法院；曰聯邦制度。

第一章　議會

第一節　議會的性質與淵源

第一目　議會的性質

在一般人的觀念中，所謂議會，係一種代表國民之團體，其全部分或大部分之分子，係出自人民之選舉；所謂議會制度或代議制度，卽指凡以國家最重要的職權付諸議會行使之政體而言；其與專制政體及純粹民治政體，俱成對待之名詞；因專制政體之下，議會嘗不存在（或雖存在，亦無重要職權；）純粹民治政體（例如古代希臘之市府國家，）係以國家一切重要職權，由公民大會直接行使，議會亦不存在故也。然此種觀念，究只是一種政治的觀念。倘從法律上去考求議會的性質，

使應推究議會與其選民，存有若何之法律關係。

議會與其選民間之法律關係，究竟何若？ 歷來論者對於這個問題之解釋，約有次之三說：

一 **委託說** 此說認議會各個議員，各爲其本選舉區選民之受託人。 法人稱此說爲命令式的委託說（Théorie du Mandat Impératif）；茲姑簡譯爲委託說。此說之內容，細析之實含有兩層意思： 第一層意思，係承認議員與選民之間，含有一種私法上之『委託』關係；第二層意思，係承認此種委託關係，僅存於各個議員與其本選舉區選民之間，並非存於議會全體與全國選民之間，或各個議員與全國選民之間。 法蘭西第一次大革命時代有一部分人頗主此說；今亦間有附和此說者。 茲取斯說之兩層涵義，細爲說明之：

各個議員，何以僅與其本區選民，成立委託關係？ 欲明此點，須知主張委託說的人，根本上係承受盧梭民權主義的學說之人： 依着盧梭之民權主義，各個人民，

原各享有國家主權之一部分；主張此說之人，以爲各個人民既各享有一部分之主權，其選舉議員，復爲其行使主權之表示，則各個議員與其本選舉區選民之間，自可認爲存有委託關係；若謂議會全體或議會中各個議員，係全國選民之受託人，便不免失之虛玄，因各個議員，初非出自全國選民之選舉故也。

復次，各個議員，與其本區選民，何以僅有一種委託關係；所謂委託關係者，究屬何物？ 本來主張委託說者，卽爲崇信主權不可割讓之人；主權既爲不可割讓之物，則選民之選舉議員，自不能看作一種割讓主權之行爲；以是主張此說之人，不認議員爲承受主權的割讓之人，而僅爲選民之『受託人』(Mandataire)；換言之，卽選民與議員之間，僅存有一種委託關係。 依着他們的意見，議員與其本區選民間之委託關係，與私法上之所謂委託關係相同；以是(一)委託人(選民)得對於受託人(議員)給以訓示(Instructions)，受託人在議會之中一切行爲與表示，務依據委託人所明授之訓示爲之，不能憑一己之思想，與見解而自由行動；(二)委託人得

隨時撤銷其委託，換言之，即議員本區之選民，對於該議員，當然保有一種『直接罷免權』

在理論上講，吾人應否承認議員與其本區選民間，存有上述之委託關係，後當別論；求諸實際，則在議會制度產生之初期（例如英國議會（Parliament）及法國往昔之『等級會議』（Etats-Généraux）），議員之與其選舉區或選舉團體雖往往含有上述之委託關係，今則一般國家之法律，已不復承認議員與其本區選民或任何選民，存有如斯的委託關係。

二 代表說 此說不承認議會議員各爲其本選舉區選民之受託人而認議會全體爲全國人民之受託人；此說不認議會與人民之關係，純類於私法上之委託關係，而爲一種具有特殊性質之委託關係；即所謂『代表式的委託』關係，是以故法人亦間稱此說爲代表式的委託說（Théorie du Mandat Représentatif）；茲省譯爲代表說。 在法國第一次大革命時代，崇信此說者較衆；至今法國一般學者，亦

主此說。　茲更取此說之兩層涵義細爲解說之：

此說何以否認議會議員爲其本選舉區選民之受託人，而承認議會全體，爲全國人民之受託人？　蓋倡此說者以爲主權本屬於人民全體，初非分隸於各個人民，以是議會議員並不能受託於本選舉區之選民；因爲一個選舉區之選民，原只是全國人民之一部分，而不能構成主權之主體；以是之故，一個選舉區之選民，亦不能認爲主權者或委託人。

復次，此說之所謂特殊的委託關係（或代表式的委託關係）究竟何若？議會全體與全國人民，何以只應有此種委託關係？　他們所謂特殊的或代表式的委託關係，卽指議會與全國人民間之關係，不純類於私法上之委託關係而言；蓋議會與人民之關係，如與私法上之委託關係相同，則議會議員便須依據其本選舉區之選民（或其他選民）所明授之訓示而行動，然此固爲提倡第二說者所否認。　他們以爲議會全體所表示之意志，原須視爲與人民全體所直接表示之意志相等；而在

拘束人民全體之效力；以是之故，議會全體，與人民全體，實應認爲含有一種委託關係；換言之，議會實可認爲曾受人民全體之委託。 至於他們所以否認任何選舉區或任何選民之以訓示拘束任何議員者，則因他們認各個議員，俱是全國人民之代表，並非本選舉區選民之代表，——議會選舉之分爲若干選舉區，只在謀選舉之便利，——如認任何議員應受某某特殊選舉區或某某特殊選民的訓示之拘束，便即承認一部分人之意見得以拘束全國人民的代表或受託人，於理無當也。

列國近代之憲法或法律，大都默認代表說，甚者且以明文承認之： 例如一七九一年法國憲法第七條即有『各府（Départment）（即法國高級地方區域）所選舉之代表，應不認爲各該府之代表，而應認爲全國國民之代表；各該府亦不得給予該代表以任何委託。』 又法國一八七五年十一月衆議院組織法第十三條，亦有『一切命令式的委託（Mandat impératif），俱無效力』之規定（此項規定至今尙存。） 最近德國一九一九年新憲法第二十條亦有『議員爲全體人民之代

表，應僅憑本己良心行動，不受任何委託之拘束』之規定。其他國家憲法亦有設爲相似之規定者，如比國憲法，瑞士憲法，及奧國一九二〇年新憲法，是。凡此皆劃切容認代表說而否認委託說之實例。

三　國家機關說　此說夙爲多數德國學者所倡導，法意諸國人士，亦間有附和此說者〔例如法儒梅旭（Michoud）馬爾伯（Carré de Malberg）及意國學者阿蘭多（Orlando）〕。法人通稱此說爲國家機關說（Théorie de l'organe d'Etat）。主張斯說者，大率以爲選民團體與議會，各爲國家之一種機關，各各有其職務，前者之職務在選擧，後者之職務，在於一定限度以內行使其決議權；在法律上講，彼此之間，並無任何委託關係，或代表關係，彼此之職權，都只是受諸憲法，後者之職權並非受諸前者。德國著名之公法學家拉龐（Laband）氏，於其所著之德意志國法學書中，即劃切主張此說；彼謂『衆議院（Reichstag）議員爲全國人民之代表云云，在法律上實無任何意義，議員之職權，並非受諸任何權利主體，而係直接根據憲法而

來。……⊖

四　諸說之批評　委託說實有兩層弱點；其第一弱點，在與現在一般國家的憲法與法律之所規定，完全相反；因爲現代一般國家之憲法與法律，並不承認議員之行動，應嚴格的遵守其本選舉區選民或任何選民之『訓示』；換言之，議員與其選民之關係，實際上並不純類於私法上之委託關係。　第二弱點便因此種私法上之委託關係，在理論上講，亦實不宜存在與不能存在於議員與選民之間。　何則？因爲議員選民之間如存有如斯的委託關係，實際上既不能取得直接民治制度之實益，（因爲國家並未直接的徵求人民的意見而凡議員所須遵守之訓示，事實上或只是政黨機關或政黨經理人之訓示，）亦不能取得代議制度之實益（因爲議

註⊖　關於以上諸說之說明及討論最好參考：

Carré de Malberg, Théorie Général de l'Etat, t. II (1922) 第199頁及以下。

Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, t. II, §39 et 40.

會議員，在在須守選民之訓示而行，初不能憑着本己的良心與識見，以行使其職權）所謂議員與選民間不宜有如斯的委託關係者以此。　且事變紛繁，選民於選舉時所給予之訓示，又烏能燭照將來而靡遺？　如凡遇新事變發生，各該議員便須請命於選民，事屬上又屬難於實行。　所謂議員與選民間不能存有如斯的委託關係者以此。

至於第三說之認選民團體與議會各爲國家機關，各各受權於憲法，而不認議會與選民有任何代表或委託的關係，亦非吾人所能附和。　議會與選民之職權，各以憲法爲根據，自亦吾人所不能否認；然議會與選民，初不必因是而遂不能保有一種委託的或代表的關係。　如吾人絕不承認此類關係之存在，則議會之行動便不必與選民之意見同其向背。　果爾，在政理上講，議會政治，既不免流爲少數政治；在法律上講，則列國法律中關於議會任期或解職等問題之若干種規定，（如列國法律，規定議會須於一定任期後改選；又如列國法律，規定行政機關得以解散議會之

法，訴諸公民，甚或承認公民得以直接解散議會或議員之類，）亦實不能得着相當之解釋；因爲這些規定實際上，都只是力求公民與議會間意見之趨於一致故也。

以故對於議員與選民間的法律關係問題，吾人雖不能如第一說所云，認他們保有一種與私法的委託關係完全相似之關係，亦不能如第三說所云，否認他們之保有任何委託的或代表的關係。吾人之意，實不能不傾向第二說，而認議會全體與全國選民之間，保有一種特殊的委託關係，——亦可稱爲代表關係。這種代表關係之類於私法的委託關係者，卽在代表者之行動，在法定範圍以內，有拘束被代表者之效力，而且代表者須力求與被代表者之意見趨於一致；這種代表關係之異於私法的委託關係者，卽在代表者之行動，不以被代表者所明授之訓示爲制限主張第二說者所提出之理論，雖不免有近於虛玄之處（卽其關於主權一層，）然就其結論而言，固與我們的見解，無根本之異。

第二目　議會制度的淵源

一　議會制度的誕生　議會制度誕生於歐洲的中世紀時期。當時英有 Parliament；法國有所謂 Etats-généraux；德意志諸邦有所謂 Landtag；西班牙有所謂 Cortes；其性質俱相似，蓋皆爲一種代表當時各階級 (Estate) 的團體。至此種代表機關之所由誕生，則以當時歐洲諸國俱値封建時期，國王對內對外之設施，事實上往往不能不取得僧侶，貴族，及資產階級的援助，尤其是財政的援助。以是，列國元首乃時召集這三個階級的代表，會議課稅及其他事宜；換句話說，就是請求他們『給予援助與意見』(to give aid and cousel)。

二　英格蘭議會制度的沿革　英格蘭議會制度實爲近代議會制度的淵源。英人稱議會爲 Parliament，其字源出自拉丁字 Parliamentum。就此字的本義而言，原只是『討論』之意；至今法文中與此字相當之字爲 Parlement，其字根爲 Parler，亦卽講論之意。爾後，此字漸引伸爲『會議』。至十三世紀時，英之「階級代表會議誕生，遂以此字名其會議。當英格蘭議會產生之初，法國亦有所

謂『等級會議』(Etats-Généraux) 之產生，蓋亦由貴族，僧侶，及平民代表合組而成，其組織與職權，與當時英之議會實極相似；其產生在一三〇二年然法之『等級會議』值十六七世紀政權集中法王權力擴大之時，便歸消滅：自一六一四年至法國十八世紀大革命發生之一七八九年，共計一百七十五年之久，該會議從未集會。英之議會制度，則未嘗中輟。十八九世紀以來，列國之採用議會制度，除匈牙利之議會制度，有其固有之歷史而外，餘皆直接間接仿自英國。以故一般人咸謂英格蘭之議會，爲『議會之母。』吾人欲探考現代議會制度之淵源，當研究英格蘭議會制度之緣起及其發展。

英格蘭議會之沿革，可分爲次之四個時期：

第一期約略自十三世紀中葉至十五世紀中葉，爲英國議會之產生及幼年時期。

英國現時之議會，仍係由貴族，僧侶，及平民代表合組而成：貴族與僧侶（卽教會官吏，）構成議會中之貴族院 (House of Lords)；所謂平民代表，卽各地方人民

所選出之代表（郡之代表與市之代表）此項代表，構成議會中之衆議院（House of Commons）。此種形式之組織，實始於十三世紀之中葉；換言之，英之議會，產生於十三世紀中葉。言英國史者，大率謂英國議會之產生雖在十三世紀，而斯制之醞釀，實始於羅曼人種征服英國（卽所稱爲Norman Conquest者是事在一〇六六年）以前之盎格魯薩格孫時代（Anglo-Saxon Period）。在盎格魯薩格孫時代，英之民治制度已立有兩種基礎：其一，當時英國各地方區域中已有一種『民衆會議』（Folk moot），由各地方區域之居民組織之，或由其居民所推定之代表組織之，其職權卽在處理本地方之公共行政事宜。其二，當時中央政府，亦往往召集一種『哲人會議』（Witenageniot）——在習慣上，凡國王立法或執行重大事宜，概須召集此項會議，徵其同意；參預此項會議之人，雖係由國王自由召集之人，要皆爲代表當時社會勢力之人。羅曼人種征服英格蘭而後，上述之兩種民治基礎，一時雖不免被其摧殘，然不久卻亦逐漸恢復。至一二一五年，英王約翰受當時僧侶，貴族，

及人民之壓迫，乃有『大憲章』(Magna Charta—The Great Charter)之頒布；於該憲章之中，聲明國王之增課特別租稅，務須得貴族及僧侶所組織的機關之同意。

當時所謂貴族與僧侶的機關爲『貴族會議』(Magnum Concilium—Council of Magnates)，蓋卽國王之輔弼機關；今日英國議會中之貴族院，卽由是脫胎而出。至一二五四年，英王亨利第三爲增課租稅事，冀於貴族僧侶之外，更得全國富室之助，乃令英之各郡(County)亦各選舉二人爲郡之代表，與貴族僧侶，共同討論課稅事宜。由是英格蘭始有貴族僧侶與平民代表（卽各郡代表）合組之會議團體。是卽英格蘭議會之紀元。更越十一年——一二六五年——英之各市，亦選出代表與會。一二九五年英王愛德瓦(Edward)所召集之議會，至今英人稱爲『模範議會』(Model Parliament)，亦係由僧侶，貴族，及平民代表（郡代表與市代表）三個階級合組而成。嗣是英之議會，乃永由三階級合組而成。初則三個階級合組一院，至一三三二年，僧侶與貴族乃自成一院，是爲貴族院；郡市代表乃亦自成一

院，是爲衆議院；嗣是英之議會，乃成兩院制之形式。

在這第一個期間內，議會的重要職務，在對於國王增課租稅事宜，行使其同意與不同意之權；至對於立法事宜，議會僅得以請願之形式，請求國王自行制定法律，初無自行通過法律請求國王裁可之權。 以故英之議會，在此期間中，實尙無眞正的立法權。

第二期約略自十五世紀中葉至一六八八年之革命，爲議會與國王互爭雄長時期。 此期間包括英之 Tudors 及 Stuarts 兩朝。 在 Tudors 朝期間內，（一四八五—一六〇三年）國王嘗假藉議會之助力以增加其權威，以是議會不免爲國王之機械，議會與元首之間尙無激鬬之事實。 然至 Stuarts 朝，則國王與議會之衝突至烈，而有十七世紀之兩次革命。 在此期間內，或則國王思以一己宰制政權，而置議會於不顧；或則議會思獨竿政權而完全廢止君主。 迨至一六八八年第二次革命告終，議會之威權遂以確立。

在此期間內，議會職權之變更，有一最可注意之點：從前議會僅得以請願形式，請求國王自行制定法律，但自亨利第六朝（一四二二—一四六一）之末年，議會遂開始自行議決完全之法律案，而以之提交國王，請其裁可。嗣是而後，議會不僅享有課稅同意權，並享有真正的立法權。

第三期可以說是從一六八八年至一八三二年，是爲議會權力鞏固時期。自經一六八八年之革命議會乃通過一種『權利宣言』(Bill of Rights)，將課稅必得議會之同意，法律不得由國王以命令停止執行等等重要原則，明定於『權利宣言』之中，由是，議會權利得以確定。雖在此期間內——尤其是十八世紀喬治三世時代——議會選舉之黑暗，與議員受賄事實之昭著，不免爲英國議會歷史上之污點，然議會權力之較前鞏固，究屬不可漠視之事。英之責任內閣制亦脫胎於這個時期。

第四期可以說是自一八三二年以迄今茲，而爲衆議院選舉權逐漸擴充，衆議

院選舉法逐漸改善，衆議院職權逐漸擴大之時期。　衆議院選舉權之擴大，與其選舉法改革，始於一八三二年之衆議院新選舉法 (The Reform Act, 1832)，該法之主要作用，在擴充各市市民之選舉權；嗣後擴充各郡郡民選舉權者，則有一八六七年與一八八四年之衆議院新選舉法；擴充一般人民之選舉權並給予女子以選舉權者，則有一九一八年之衆議院新選舉法 (The Representation of People Act, 1918) 改良選舉方法及防止選舉流弊者則有一八七二年之祕密投票法 (The Ballot Act, 1872) 與一八八五年之選舉舞弊法 (The Corrupt & Illegal Practices Act, 1885) 等等。　至於衆議院權限之大擴充，與夫貴族院權限之大縮減，則以一九一一年之議會法 (The Parliament Act, 1911) 爲其焦點：該法承認一切財政法案，凡經衆議院議決者，非得衆議院之同意，貴族院便無修改之權；卽其他重要法案 (Public Bills)，倘經衆議院在兩年以內繼續通過三次，貴族院亦無否決之權。　凡此皆表示英國議會之中心權力，完全移易於衆議院；其與英國議會初期之狀況，蓋恰相反

也。

綜上所述，吾人對於英國議會之緣起及其演進，可得以下幾個概念。 其一，英國之議會，是由一種租稅討議機關而演爲一種立法機關的；其二，英國議會是由一個貴族僧侶團體，而演爲國民代表機關的；其三，英國衆議院是由選舉權極端狹小之民選機關，演爲選舉權普及之民選機關的；其四，英國議會，是由貴族院占有優勢的兩院制，演爲衆議院大占優勝的兩院制的　凡斯演進之程序，往往亘百年或數百年，英國議會制度基礎之鞏固，蓋卽以此。㊀

註㊀ 關於英國議會制度之歷史，殊多鉅著，茲摘舉次之數種，以備參考：

Stubbs Constitutional History of England;

Erskine May, Constitutional History of England;

Maitland, Constitutional History of England;

Ilbert, Parliament, 1919;

Lowes Dickinson, The Development of Parliament During the Nineteenth Century, 1895.

十八世紀期內，法儒孟德斯鳩氏，爲亟讚英國憲制之人，其說大爲一時人士所崇信。 十八世紀美法革命而後，其所採用之議會制度，亦實與孟氏之說，大有因緣。自十九世紀初期以至中葉，英之議會制，自身既日臻完善，模倣之者，如美國及比利時諸國，成效亦復漸著；以是，當時意德西班牙等國，凡抱進取思想之人，幾視英之議會制爲最良之政制，羣懸此以爲政治運動之鵠。 至十九世紀末期，除俄國而外，議會制度，已普及於歐陸各國。

第二節　議會的組成

十九世以來，列國議會之組成率爲兩院制；採用一院制者，不過二三小國，以及列國地方議會而已。 所謂一院制，卽以一個單一團體行使議會職權之謂。 所謂兩院制卽以議會職權，委諸於兩個團體所組成之複合體之謂：其一個團體，通稱爲下議院（或稱爲第一院；）他一個團體，通稱爲上議院（或稱爲第二院）茲說明

(一)兩院制的歷史,(二)兩院制與一院制的理論,(三)列國兩院的組成。

第一目　兩院制的起原

兩院制亦肇始於英格蘭。但英國議會之演爲兩院制,初非基於何種政治的理論,而僅具事實上之原因。

英國議會,當其最初產生之時,雖亦有貴族,僧侶,及平民代表(郡民代表與市民代表)諸種分子,然亦只成一個團體,故亦屬一院制。至一三三二年,僧侶與貴族,始與平民代表分離,僧侶與貴族成爲貴族院,平民代表則成爲衆議院,由是而兩院制之形式乃具。至僧侶,貴族,與平民代表分離之原因,雖有種種,要皆爲事實的原因;此種事實原因中之最大者,一爲階級的原因,一爲歷史的原因:僧侶與貴族,在歐洲中世紀宗教勢力極盛時代,原立於同一階級,而皆爲當時之所謂貴族;(所謂僧侶當時謂之爲 Spiritual Lords;所謂貴族當時謂之爲 Temporal Lords)至於平民代表,無論其來自各郡,或來自各市,要不過當時之富室,其社會的地位,在

當時社會組織與一般人觀念之中，固與貴族遠不相侔；此僧侶貴族之所由結合，而平民代表之所由與他們分離者一。僧侶與貴族，不獨立於相同之階級，抑且具有共同之歷史；因他們於議會成立以前，原已共同構成國王之行政輔弼機關，卽所謂『貴族會議』（Magnum Concilium）者是已；至於平民代表，則純爲議會成立以後之新分子，其與僧侶貴族，不獨有階級之差別，在政治上，抑且毫無合作的背景；此僧侶貴族之所由結合，而平民代表之所由與他們分離者又一。苟無以上諸種事實原因，英之議會，亦未嘗不可如蘇格蘭往昔之議會，保持一種一院制之形勢；或如法國往昔之『等級會議』（Etats-Généraux）演成三院制之形勢（法之『等級會議』亦係由貴族僧侶與平民代表三階級合組而成；然各階級之代表，向係各自會議，儼成三院制。）甚或如瑞典舊日之議會，演成四院制之局面（瑞典之議會在一八八六年以前，尙係由貴族，僧侶，農民代表，市民代表，各成一院構成之。）

顧英國議會之演爲兩院制，雖僅具事實的原因，而十八九世紀以來列國之採

用兩院制者，一半雖出於模倣，一半實出於他們的政治理想。美國一七八九年聯邦憲法之開始採用兩院制，便係如此。至列國之拋棄兩院制而採用一院制者則尤完全的基於政治理想，如法蘭西大革命後第一憲法（一七九一年憲法）與法蘭西一八四八年共和憲法之採用一院制，是。最近德與諸國新憲法，雖仍保留兩院制，實際上第二院之權限極小，亦幾類於一院制；此等制度之採用，自然亦係經由造憲諸人之深密考慮而來。茲進而討論兩院制與一院制之諸種理論。

第二目　兩院制與一院制的理論

一　主張兩院制者之理論　主張兩院制者之普通理由大率不外次之數種：

其一以為兩院制可以防杜議會之專橫。在現今許多國家之中，議會專制之可能，實不亞於行政機關；以故蒲徠士（Bryce）謂美人之採用兩院制以防杜立法機關之專暴，與往昔羅馬人之設置兩個行政首長（Consuls）以束縛行政機關，用意相同。蓋就個人與團體比較，則個人之流於專制，自較團體為易；就團體與團體

比較，則單一性之團體，較諸複合性之團體自又易流於專擅故也。　其二以爲兩院制可以減少法律案之草率與粗疏。　蓋在一院制之下，一種法律案之成立，便只經由一個機關之議決，如採用兩院制，則各種法律案之成立，俱須經由兩個機關之議決，其足增加法律案內容之精密自不待言；且兩院制所以能增加法律之精密，尙不僅因法律之曾經兩院議決；往往各院因懼他院之挑剔反抗，其議決法律案之時，遂亦不能不十分愼重從事，由是草率粗疏之弊亦可大減。　其三以爲兩院制可以減少議會與行政機關之激劇衝突。　蓋議會與行政機關之衝突，無論在何種政制之下，俱所難免；此等衝突，如不設爲相當之調劑方法，往往可使一方或兩方趨於極端，以致釀成莫大之政變；所謂調劑，則兩院制亦其一法；因行政機關與議會之衝突，往往只是行政機關與議會中一院之衝突；果爾，則立於衝突以外之他院，自可立於調停或公斷者之地位，以防止兩方之激鬭。

凡斯皆爲主張兩院制者之普通理由。　論者尙有於此種普通理由而外，提出

其他特殊理由，以主張兩院制者：例如論者嘗謂君主國家採用兩院制，便可以一院代表普通人民，而以他院容納貴族分子，由是貴族政治與平民政治便得一調劑之法（孟德斯鳩即持此種見解之人）㊀ 聯邦國家採用兩院制，便可以一院代表全國人民，而以他院代表各邦，由是各邦之個性與全國之統一，便獲一兩全之道，皆是。 最近尚有主張兩院制以調劑地域代表制與職業代表制者㊁

二 主張一院制者之理論 主張一院制之普通理由，亦可說是有三種：

主張一院制者，以為代表民意的機關，應只有一個機關，因為人民多數的意志就只能有一個。 持斯說者，以為不論對於那一種法案，人民多數，要不外是贊成或反對，如果採用兩院制，實際上便或不免有一院贊成與一院反對之事；果爾，則代表人民多數之意志者，究屬誰何？ 如謂代表民意者只有一院，何不簡直採用一院制？

註㊀ Montesquieu, Esprit des Lois I. XI. Ch. VI.

註㊁ 參看第三編第一章第二節第二目。

如謂兩院各各代表人民多數之意見，則遇上下兩院意見不同之時，又將作何解釋？此種辨駁，自亦具有相當之勢力，但是主張兩院制者，於此亦或尙有反辨之餘地；因爲吾人縱須承認代表民意的機關只應有一院，亦不見得因是遂無設立第二院之必要；邇來主張兩院制者，往往以爲代表民意者仍應僅爲下院；上院之設，原不在與下院立於平等的或相似的地位，其對於下院議決之法律，初不應享有絕對否決之權；不過上院如覺着下院議決之法律，不能代表民意時，便能使該項法律於一定期間內不能成立，或更以要求解散下院與提交公民複決之法訴諸公民耳（參觀德奧諸國新憲法關於上院職權之規定。） 在此種規定之下，則卽設置第二院，固亦無妨民意之統一，或且可使眞正的民意，較易實現。 然主張一院制者，此外尙有兩種較爲切實之理論：其一以爲兩院制可使法律案不易成立，其結果便不免妨礙社會之改革與進步。 持斯說者，率謂議會政治較諸獨裁政治已欠敏活；如採兩院制，則凡法律案之通過一院者，尙須通過他院，法律案之成立，遂益形困難；宜興宜革之

事，遂益難實現。其二以爲兩院制可以誘起議會本身之衝突，以至議會爲行政機關。所操縱，而不能保有對抗行政機關之能力。蓋議會爲人數甚衆之合議機關，行政機關則嘗爲獨裁機關或人數甚少之合議機關；兩者相較，後者之操縱前者，實際已屬較易。倘更採用兩院制之議會制度，則凡遇議會上下兩院意見未能一致時，行政機關益可肆其操縱舞弄之術，利用一院以抵制他院；由是議會便或完全喪失其支配行政機關或限制行政機關之能力。

凡上所述主張兩院制者與主張一院制者之理由，大都各有一面之真理，而爲吾人所難否認。實際上某某國家之宜否採用兩院制，愚以爲應於上述兩院制之普通理由而外，求得其他特殊理由，以爲採用兩院制之主要根據。如無特殊理由，則採用一院制，或如英德與諸國採用第二院權力極小之兩院制，實際上或者較爲相宜。

第二目　兩院的組成問題

假定採用兩院制，然則兩院之產生方法，又將如何？這一個問題，自然亦不能有一個絕對的解答；玆僅取列國組成兩院之諸種方法及吾國民國元年兩院組織法，說明其大要；其有可以附以評論者，亦略附以評論。

一 第一院的組成 玆所謂第一院，卽通常所謂爲下議院者是。列國議會中之第一院，就其組成而言，歷來皆爲一種民選機關；最近則且一致地成爲直接選舉的民選機關。以故關於第一院之組成，列國間之差異，實漸就減小；其所有之差異，如關於選舉權資格，比例選舉，複數選權，選舉區劃，以及强制投票等等事者，已於前編論述公民選舉權時細爲解釋，玆亦可勿討論。

吾國前淸宣統二年召集之資政院，其性質原爲一種籌備立憲時代之中央議會；其組成爲一院制，其構成之分子，則有欽選與民選分子；所謂欽選，純出自君主之委派；所謂民選，亦只出自各省諮議局之互選。宣統三年革命事起，革命政府所頒布之第一種臨時憲法卽中華民國臨時政府組織大綱，（宣統三年陰歷十月十三

日頒布)所採亦爲一院制，而稱議會爲參議院；參議院議員係每省以三人爲限(但每議員各享有一表決權，其選派方法係由各省都督府自定。) 民國元年三月頒布之臨時約法，所採亦爲一院制，議會亦稱爲參議院，各省及西藏，內蒙古外蒙古各選派五人，青海選派一人，各議員亦各享有一表決權；其選派方法，亦係由各地方自定。 民國元年八月，參議院依照臨時約法附則第五十三條之規定，制定正式國會之組織法及選舉法，始採兩院制，設衆議院及參議院。

衆議院爲民選機關；民國元年八月國會組織法及元年八月衆議院議員選舉法，對於該院選舉權資格之規定，所採爲限制選權制；其對該院選舉方法之規定，所採爲間接選舉制，大選舉區制，減記投票制，秘密投票制。 凡斯規定，亦已於前章論述公民選舉權時連帶說明，可勿贅述。 茲僅就各該法關於(甲)衆院議名額分配問題，(乙)衆院被選舉權問題，(丙)議員兼任官吏權問題，(丁)衆院任期及改選問題，爲補充之說明與討論：

(甲)衆議院議員名額的分配問題。　依照元年國會組織法，各省選出之衆議院名額，係以人口之多寡為標準：每人口滿八十萬，便得選出議員一名；但人口不滿八百萬之省，亦得選出議員十名。　人口總調查未畢以前，各省應出之議員名額暫依該法所分別規定之數目；至於西藏，青海，蒙古應出之議員名額，亦由該法予以規定（綜計衆議院議員共五百九十六名。）　十二年十月十日之中華民國憲法所採亦為兩院制，國會係由衆議院與參議院兩院構成之；至於衆議院應如何選舉，該法毫未規定；僅聲明衆議院議員之分配，應以各選舉區之人口為標準（該憲第四十二條。）

(乙)衆院被選舉權問題。　按照元年八月衆議院議員選舉法之規定，則凡有中華民國國籍之男子，年滿二十五歲以上者，俱得被選為衆議院議員（蒙藏青海之衆議院議員，尙須通曉蒙語。）

但凡具有次列情事之一者，不得有被選舉權：

一、褫奪公權尚未復權者；

二、受破產之宣告尚未撤銷者；

三、有精神病者；

四、吸食鴉片者；

五、不識文字者。

又左列各人之被選舉權，俱被停止：

一、現役陸海軍及在徵調期間之續備軍人；

二、現任行政司法官吏及巡警；

三、僧道及其他宗教師；

四、小學校教員；

五、各學校肄業生。

按現役軍人的選舉權之被停止，幾成列國之通例；此項停止，一方面固在預防軍人加入選舉競爭與政治運動，以啓軍人干政之漸；一方面亦在防止軍

隊中重要官吏，被議會吸取而去，以致影響軍隊內部之組織與紀律。說者亦有認此種停止，足使議會方面，不能吸收富有軍事知識與經驗之人才，以輔佐議會之軍事立法者；實際上被選舉權之停止，如僅以現役軍人為限，議會固亦未始無羅致此種人才之機會。故以上第一項規定，仍應認為合理。學校則非軍隊可比；小學校教員與學校肄業生之被選舉權，實決無應予停止之理由；即僧道及宗教師，論理亦不當停止其被選舉權，歐洲諸國之宗教師往往類於官吏，在其教區之中，往往為特殊勢力之人，因是列國法律，乃有停止其宗教師的被選舉權之規定；吾國僧道及宗教師之地位，與此固絕不相類也。至於現任行政司法官吏，列國因懼其利用本人之地位與勢力，而為不正當之選舉競爭，故亦往往停止其被選舉權；但此項停止，列國法律亦有僅以本選舉區之官吏為限者。眾議院議員選舉法卻非如是。

（丙）議員兼任官吏權問題。被選舉權問題與兼任權問題自然是截然兩

事：凡無被選舉權之人或其被選舉權被停止之人，足使其當選無效；至於從事某種行政或司法職務之人員，如其被選權未被法律停止，而該項職務卻經法律認為不能由議員兼任時，則從事該項職務之人員，固仍可當選為議員；特當選後不能兼任其原來職務與議員之職務耳。 吾國臨時約法，元年國會組織法，及元年八月衆議院議員選舉法與元年八月參議院議員選舉法，俱無關於議員兼任官吏權之規定，以是議員之能否兼任行政或司法職務，在民國二年及民國五六年間，俱曾發生問題。 天壇憲法草案第二十六條乃有『兩院議員，不得兼任文武官，但國務員不在此限。』之規定。 該草案之但書後經二讀會刪去；以是十二年十月十日之中華民國憲法遂禁止議員兼任任何文武官吏卽國務員的職務，亦在禁止兼任之列（該憲第四十五條。）

凡反對兼任制度者，咸謂此種制度足使議員不能專心於其議會之職務；或

且使議會對於行政或司法機關，實際上減少其監督之效能；蓋以議員而兼任該項機關之職務，則監督者與被監督者往往併爲一體，實際上便不免有此種結果也。然在採用議會內閣制之國家，議員雖不能兼任一切官吏，通例卻亦容許議員兼任國務員。本來議會內閣制之目的，便在融合議會與內閣爲一氣，其容許議員之兼任國務員，在邏輯上講，在實際的便利上講，固俱有相當之理由。

至就一切國家的實例而言，則有禁止議員之兼任任何官吏者，如美國是（美採三權分立之原則，此種絕對的禁止，在邏輯上講，自亦有其邏輯）有僅許其兼任國務員者，如英國是；㈢有於國務員職務之外，對於若干種特殊

註㈢ 英國於十八世紀初期，議會政府尙未成立；議會對於議員之兼任官吏，尙懷疑忌之見，因恐行政元首以行政機關之要職牢絡議員也。所以在十八世紀之初期，英議會對於下院議員兼任特種行政官職，設有一種特殊之限制；即凡下院議員，於受任特種行政官職之時，其議員資

官職，亦經法律明許議員得以兼任者，如法國是；（法制，議員除對於國務員及各部次長之職務，保有兼任資格外，特種法院之法官及國立大學教授等職，亦經法律許由議員兼任，其所以容許此類職務之得由議員兼任者，或因

格即當然消滅；必須重赴選舉區競選，重復當選爲議員，始能兼任下院議員；否則不能一面充任官吏，一面充任下院議員。 此層限制於議會內閣制成立後，自然產生許多不便。 且英制一面既限定閣員必須爲議會議員（英國國務員有閣員與非閣員之別；閣員必須爲上院或下院議員，非閣員之國務員則不必爲議員；一八四五——一八四六年格蘭斯頓氏以非議員而充閣員，實爲例外，）一面又設爲上述複選 Reelection 之限制，在理論上亦不甚妥洽。然上述複選限制自一九一九年已有變更；依照一九一九年法律，下院議員之充任國務員者，倘在新議會召集後九個月以內，則無須履行複選手續；否則仍非重復當選爲議員不能兼任國務員。 自一九二六年以後，複選制已完全廢除。由是議員兼任國務員，不論在何時期，俱無重赴選區履行複選手續之必要。

此項職務，不致十分妨礙議員之職務；或因從事此項職務之人，可予議會以專門之知識與經驗。） 晚近以來，列國人士，鑒於各大銀行或公司之經理或董事人員——尤其是國立銀行或官商合辦的銀行公司中之人員——往往因議員之得以兼任，以致發生種種流弊，遂亦有倡議禁止議員之兼任此類經理董事等職務者。

(丁)**衆院的任期改選及補選問題**。 列國議會議員任期之長短，至不一律；下院之任期，大率自二年至五年。 主張短期者，在求人民與議會之意見趨於一致；主張長期者，蓋欲令議會議員獲得充分成熟之政治經驗，於其任期之晚年，能有優良之建樹與貢獻。 民國元年國會組織法，規定衆議院之任期爲三年。 十二年十月十日之中華民國憲法亦然；但該憲於其第四十條尚增入『議員之職務，應俟次屆選舉完成依法開會之前一日解除之』之規定。

議會議員任期屆滿時自須舉行改選。 列國議會之改選有全院同時改選，與全院分期改選之兩法；此兩法各有其作用，然列國下院之改選，固率採用全院改選法，蓋不如是則不能確定下院是否代表現時人民全體多數的之意見也。 列國上院之改選，則往往採用部分改選方法。 吾國衆議院之改選，亦係採用全院改選法（元年國會組織法與十二年中華民國憲法之規定皆然。）

議會議員於任期中，如因死亡，辭職，解職等事而缺額時，其補充之法，亦有兩種： 或則於缺額時舉行補選。(By-election) 此法行之英美等國；或則於每次召集新議會時，令各選舉區舉出若干『候補當選人』，遇有缺額時，即以之補充；此法行之歐陸諸國。 第一法有時可以診知民意之變遷，第二法則較爲省事。 吾國元年衆議院議員選舉法，亦採第二法，令各複選選舉區，於

選定議員時，並選出同數之「候補當選人」；補選手續，僅於各該選舉區之候補當選人俱已補盡而尚有議員缺額時行之。

二　第二院的組成　列國第一院（下議院）之產生方法，就大體言，雖漸趨一致（卽皆爲人民直接選舉之機關）而列國第二院（上議院）之組成，則相差殊甚；蓋列國之設立第二院，其作用原不盡同，第二院之職權，彼此亦自不甚一致；職權既不盡同，其組成之方法，自亦不能互同。　關於列國第二院職權之差異，將於次章論述，茲僅就組成上，論述列國間諸種形式之第二院。

其一爲貴族性質之第二院。　兩院制之產生，根本上就是以平民代表與貴族代表之分離爲原因，前已說及。　在現今君主國家，其第二院仍有代表貴族階級者，英格蘭卽其最著之一例。　惟是設置第二院以容納貴族階級，在教育尚未普及，貴族幾爲唯一之智識階級時，雖不無相當之理由，其在今茲，則其原來之理由，已趨於

消滅，以是貴族性之第二院，卽在英國，亦漸不能存續，而曾經多人爲改造之主張。㉔

其二爲聯邦性質之第二院。 在聯邦國家中，其第一院嘗爲代表全國人民之團體，其產生出自人民之選舉，各選舉區之名額，亦隨各該區人口之多寡而定；以故一般人率謂聯邦國之第一院，爲代表國民，或代表統一之機關。 至於聯邦國家之第二院，則往往爲代表各邦之機關；其所以謂之代表各邦者，或因各邦所出之代表，不以各邦人口之多寡爲準，例如美國及瑞士第二院，係由各邦各選議員二人組織而成；是或雖不令各邦平等，其各邦所選之代表，亦初非純以各邦人口爲標準，而隨諸邦實際的勢力而異；如在歐戰前之德國，普魯士獨於聯邦議會第二院享有十七

註㉔ 英國政府於一九一七年曾設立一種「第二院改造會議」 The Conference on the Roform of the Second Chamber 以蒲徠士 Bryce 氏爲主席。 嗣於一九二二年復由內閣設立一個委員會以審議貴族院改造問題。 最近英議會又有關於貴族院改組問題之討議。

票之權，其他諸邦則僅保有六票至一票之權，是。或因各邦所出代表，須由各邦議會選舉或各邦政府遣派，而不由人民選舉，例如一九一三年以前美之聯邦上議院，卽係由各邦邦議會選舉；德國新舊憲法俱認聯邦上議院代表應由各邦政府遣派，是。美自一九一三年以後雖已承認聯邦上議院代表應由各邦人民選舉，然各邦所出代表仍各爲二人，德國一九一九年新憲法雖已按照各邦人口分配上議院代表名額，然各邦所出之上議院代表，固仍由各邦政府遣派。論者遂謂美德聯邦議院之聯邦性質未嘗消滅。

其三爲任命性質之第二院。列國之第二院，有係全部或一部分出自行政機關之任命者：坎拿大上議院之院員，卽全係出自行政機關之任命，其任期且係終身。意大利上議院院員，除皇室之貴族爲當然院員而外，其餘亦皆出自行政機關之任命，并且俱爲終身職；至於行政機關任命此項議員之標準，則經意大利憲法列有二十餘種資格；綜其大要而言，不外富於特殊學識，具有特殊經驗（行政，立法，司

法，軍事，教育等經驗，或其他社會事業之經驗，）與具有特殊資產之三種資格。日本貴族院之一部分院員亦係由天皇就富有學識或著有特殊勳績之人選任者；其任期亦爲終身。　綜之，列國之設爲第二院以容納任命性質的議員者，大抵在令議會得以網羅富有特殊學識與經驗之人才；蓋此種人才，雖大足爲議會立法之助，——在法律日趨複雜日趨於專門化之現代國家，此種人才或且爲議會所必不可少之人才，——然此種人才，或因其不願加入政治競爭與選舉運動，或因其不克爲政治競爭與選舉運動，遂往往不克爲議會所羅致；苟設爲任命制度以搜羅之，多少自亦可資補救。　至於列國任命議員之任期，往往定爲終身者，一半在令議員於就任之後，不必結納行政機關，以自損其獨立：一半亦因此類人才，往往係在社會上負有特殊聲望與從事重要業務之人，倘不予以極長期之職務，他們仍或不願棄其所從事之業務而入議會故也。　惟是任命制度，雖亦有有如斯的特殊作用，仔細看去，究不宜於採納；因在此種制度之下，行政機關仍或不免假藉其任命權，以爲安置本黨

黨員報酬本黨黨員之手段故也。果爾，則雖採用任命制度，仍或不能得着特殊人才。論者以為此制既違反代議制之精神，而其流弊復無異於選舉制度者，亦即以此。求諸事實，坎拿大之採用斯制，顯已發生此種流弊。

其四為間接選舉之第二院。列國第二院之產生方法，頗多採用間接選舉制者。所謂間接選舉自然亦有種種形式：有由各地方議會選舉者；例如美之聯邦參議院，在一九一三年以前，即係由各邦邦議會選舉，是。有由地方議會議員與其他民選人員組織選舉團體以選舉第二院者；例如法國參議院議員，係由各選舉區中之（一）眾議院議員，（二）府議會議員，（三）團議會議員，與（四）里議會選出之代表，所組織之選舉會執行選舉，是。有由第一院選舉者，如羅威議會制度即係以每屆新議會之第一院（Storthing）就本院議員互選四分之一以組成第二院（Lagthing），而以所餘四分三之議員留為第一院，是。這些間接選舉制度之目的，大都亦在令第二院能取得富於經驗學識之人才。此種預期之目的，實際上往往

達到，法之參議院，往往含有衆多的此類人才，卽其一例。 惟此項目的之實現，似亦不盡由於間接選舉而尙有其他原因；如第二院之任期較長，議員名額較少，議員年齡限度較高之類，多少自亦有助於此項目的之實現。 且爲提高議會之專門知識起見，則今人所倡引之職業代表制，如以之適用於第二院之選舉，或適用於全議會中任何部分之選舉，其效力亦或較單純的間接選舉制爲尤鉅。

其五。爲直接民選之第二院。 在此種制度之下，則第二院與第一院之選舉，殆完全相類；所不同者，不過兩院議員任期，人數年齡，及兩院改選方法等問題而已。採用此種制度者，爲澳大利亞，及美國（一九一三年以後）以及美國諸邦。 在此種制度之下，第二院與第一院之職權，往往亦無重大差異，以是上下兩院爭雄角勝之現象至爲顯著；因是各種法律案如遇一院堅決主張，他院堅決反抗時，除訴諸公民複決外，便無完滿解決之法（澳大利亞憲法卽已採用此種解決方法）。 在採用他種兩院制之國，第二院之職權，在法律上往往較小於第一院；卽令彼此對於某

種法律案享有平等的立法權，實際上第二院因非出自人民直接選舉，對於第一院亦嘗讓步；自非確信第一院之主張與人民多數之意見相背，類不與第一院堅相對持；英國貴族院與坎拿大參議院所能持續至今者，亦實以此。㊄

凡上所論述，係列國第二院組織之差別；茲更說明民國元年參議院選舉法關於第二院組織的規定：

> 民國元年臨時約法，原採用一院制，以中華民國之立法權，委之一院，稱爲參議院；元年八月南京參議院，依據約法第五十三條制定國會組織法及參衆兩院選舉法，始採用兩院制，設衆議院及參議院兩院。　參議院之選舉大致倣自美國一九一三年前之參議院選舉法，蓋亦一種間接選舉制。　按照元

註㊄　關於列國第二院組織及其職權之差異，可參看：

Lees-Smith, Second Chambers in Theory and Practice, 1923;

Bryce, Modern Democracies, Chap. LXIV, on "Second Chambers."

年國會組織法及元年參議院議員選舉法，關於參議院選舉，有次之諸種規定：

（甲）參議院的選舉權。

參議院之選舉權，屬於以下各團體：

一、各省省議會（各選出參議員十名）

二、蒙古選舉會（二十七名）

三、青海選舉會（三名）

（蒙古及青海選舉會，以各該地之王公世爵或世職組織之）

四、西藏選舉會（十名）

（西藏選舉會由達賴喇嘛及班禪喇嘛，會同駐藏辦事長官，遴選相當人員，分別於拉薩及扎什倫布組織之。）

五、中央學會（八名）

（中央學會之組織法始終未經制定，以是中央學會從未成立，參議院中亦從無此項團體選出之議員。）

六、華僑選擧會（六名）

（華僑選擧會由華僑之居地所設各商會（經本國政府認可者）各選出選擧人一名組織之。華僑選擧會員因故不能到會時，得具委託證書委託相當之代理人到會，行使其選擧權，但代理人以代理一人爲限。）

（乙）參議院之被選擧權。

『凡有衆議院議員被選擧之資格，年滿三十歲以上者，得被選爲參議院議員。』

準斯規定，參衆兩院之被選擧資格，除年齡一層而外，餘則一致。復次各省之議會選擧參議員時，該省省議員被選者，至多不得逾定額之半。

（丙）參議院之選擧手續。

參議院之選舉係採無記名之減記投票法凡選舉人只能投選一人不自書姓名，選舉以得票滿投票人數三分之一者爲當選。當選人不足額時，應再行投票至足額爲止。參議員議員任期六年，每二年改選三分之一。關於其他選舉手續之規定，參議院選舉法與衆議院選舉法，大體相同。

以上爲元年國會組織法及元年參議院議員選舉法關於第二院選舉之規定。十二年十月十日之中華民國憲法，仍承認國會由參衆兩院組織；參議院應由『法定最高級地方議會及其他選舉團體選出之議員組織之；』衆議院應以『各選舉區比例人口選出之議員組織之』此種規定，蓋與元年國會組織法之原則一致。

第二節　議會的職權

第一目　兩院職權的分配

如採用兩院制之議會制度，則議會中兩院職權之分配問題，自亦隨而產生。

這個問題，可以說是與兩院的組成問題，互爲因果：就一面說，兩院的職權應有如何之差別，須看兩院的組成，賦有如何之差別；就他一面說，兩院組成上之差別，也可說應隨其職權之差別而定。茲取關於兩院職權分配之幾種理論，及列國兩院職權分配之幾種實例而說明之。

倡導兩院制者，對於兩院職權分配問題，簡言之，不外次之三種主張；而列國實例，亦約略可以次之三種主張代表之：

第一說以爲兩院之職權應完全平等或幾於平等。主張兩院制者，有認第二院之職權，應與第一院完全平等或近於完全平等者。持此種見解之人，或則以爲第二院之產生，應同於第一院，而使其各各出自民選；或則以爲第二院應爲代表各邦之機關（就聯邦國家而言）。蓋第二院與第一院如俱出自民選，亦便俱爲人民代表機關，其職權自應平等；即第二院非出自人民選舉，其在聯邦國家中，如欲調劑各邦之個性與全國之統一，則代表各邦之第二院，論者亦認爲須與第一院之職

權平等。 惟是兩院職權之平等，無論其何理由，究有一種重大流弊，卽兩院間易有爭雄角勝兩不相下之現象，以致議會之決定與動作益形艱難，議會對抗行政機關之能力，亦從而減小是也。

求諸實例，第二院職權與第一院完全平等或幾於平等者，幾以聯邦國家為限；其最著者，則為美國及澳大利亞。 美國參議院之職權，惟對於財政案問題，略遜於衆議院，然衆議院對於財政案問題之優越權，亦極有限（凡對於國幣徵收之財政案，須首向衆議院提出；但參議院仍保有修改及否決之權。） 反之，美國參議院對於他種事件，其職權倘大於第一院；卽凡行政機關締結條約，與任用國務員，公使，法官等人員，須得參議院同意是。 以故美國參議院之職權實倘不只與第一院平等，抑且高於第一院。 澳大利亞之參議院，除對於財政案，僅有否決權而無提案權（財政案須首先提出於衆議院）或修正權外，對於其他事宜，則完全與第一院享有同等職權。

吾國臨時約法所採爲一院制，自然不發生兩院職權的分配問題。元年國會組織法採納兩院制，而令兩院之職權完全平等；凡臨時約法所授予議會之職權，俱爲參衆兩院所公有；凡議會所通過之法律案，俱須兩院一致始能成立；卽關於財政案問題，衆議院亦不過享有優先議決預算決算之權，至於修正權與否決權等等，固仍爲兩院所公有（看該法第十三，十四條）。以故在該法之下，兩院之職權，亦實可稱平等。

第二說以爲兩院關於財政案之職權應不平等。主張兩院制者，往往因認第一院之產生應出自人民直接選舉，第二院則宜由他法產生，遂亦認一切關係國民負擔之財政案，應由第一院決定。他們以爲第二院對於其他法律案之立法權，雖應與第一院相同，其對於下院所通過之財政案，至多應只保有修正權或提案權，而不能享有否決權：換言之，第二院對於下院所通過之財政案，雖亦能提出修正條款或提出新鮮條款，然第二院之修改或提案，倘不能取得第一院之同意，則第二院便

只有容納第一院的主張之一法，而不能否決第一院的原案，以抗持到底。蓋財政案原爲關係國民負擔之案，第二院如不出自人民直接選舉，則對於財政案，不令與第一院共同享有決定之權，自有相當之理由。且因議會對於財政案之立法權，爲議會節制行政機關之一種重大武器，以是凡行議會內閣制之國家，知第二院對於財政案之權限極小，則其節制行政機關之能力，亦遠不逮於第一院，其內閣之進退實際上往往亦只以第一院之信任與不信任爲標準，而不受第二院之支配。

求諸實例，凡行議會內閣制之國，如意大利，坎拿大，比利時等國其第二院，對於財政案及其他法律案之職權，在法律上縱然與第一院約略相等，實際上第二院對於財政案——尤其是對於逐年預算案——率不敢行使其否決權以與第一院相抵抗；而且內閣之進退，實際上亦只以第一院之信任或不信任爲標準；以是此等國家兩院職權之分配，實際上亦宛與此第二說的意見相當。

民國十二年十月十日之中華民國憲法，對於參衆兩院職權之分配，大體上亦

與此第二種意見相類；因依該憲所規定，凡法律案之成立，雖須經由兩院之通過（該憲第五十八條，）然依該憲第百十一及百十二條之規定，參議院對於財政案實無絕對的否決權。該憲第百十一及百十二條之規定如次：

第一百十一條　凡直接有關國民負擔之財政案，衆議院有先議權。

第一百十二條　國家歲出歲入，每年由政府編成預算案，於國會開會後十五日內先提出於衆議院。

參議院對於衆議院議決之預算案，修正或否決時，須求衆議院之同意；如不得同意，原議決案即成爲預算。

復次，依照該憲第六十二，九十四，九十五條之規定，內閣實亦只對衆議院負責任，純隨衆議院之意志而進退。但該憲對於參議院亦已給予一二種特權，即對各省爭議之裁決權（該憲第三十一條，）及對於最高法院院長任命之同意權（第九十八條，）是。

第三說以爲兩院之職權應全不平等。 主張此說者，以爲第二院之作用，不在爲第一院之對抗機關，僅在以其知識或經驗，謀爲第一院之匡正或輔助；以是第二院之職權，應僅在對於第一院所主張之一切法律案——財政案與其他法律案——提出修正，或要求第二院之覆議，而不在對於第一院所議決之任何法律案，行使一種完全之否決權。

英國自一九一一年議會法（The Parliament Act）成立以來，其兩院職權之分配，卽與此第三說相類；因依該法之規定，英國貴族院，不獨對於一切財政案，不復享有否決權，卽其他關係公共利益之法律案，（卽英人之所謂 Public Bills）如於兩年期間以上，繼續經貴族院否決兩次，與繼續經衆議院通過三次，則該案於第三次送至貴族院討議時，就令仍不能取得貴族院之同意，衆議院亦得逕以該案送請國王頒布。 最近歐洲諸國新憲法所授予第二院之職權，亦大都與此相似。 奧國一九二〇年憲法，僅予第二院以向第一院提出法律案，及對於第一院通過之法律

案要求該院覆議之權；其要求覆議時，如第一院仍有多數院員主張維持原案，原案仍可成爲法律；至對於財政案，第二院且不能要求第一院之覆議。　依照德國一九一九年憲法之規定，則第二院否決第一院所通過之任何法律案時，亦須將該案退回第一院覆議，覆議時如第一院有三分二以上之多數維持原案，總統卽須逕將該案公布，或以之交付公民複決。　凡斯實例，俱係令第二院對於第一院所議決之法律案，只保有一種中止的或相對的否決權，而不享有絕對的否決權；兩院職權之不平等，固尙不以財政案爲限。

第二目　議會的立法權

前節所述，祇是議會中上下兩院職權的分配問題。　就議會全體的職權而言，列國議會職權之範圍雖亦極不一致，然要皆享有三種性質之職權，卽(一)立法權(二)監督權(三)財政權。　本目將論述議會之立法權；至於監督權及財政權，則於以次兩目論述之。

第一款　立法權的意義

立法權二字，簡言之，就是議決法律案之權。　在現代一般國家，法律案之成立，固未有不預經議會之決議者。　吾國臨時約法第十九條亦規定『議決一切法律案』為議會之職權；十二年十月十日之中華民國憲法第三十九條亦有『中華民國之立法權，由國會行之』之規定。

從上所述則欲確定立法權這個名詞的意義，便須確定『法律』這個名詞的範圍，因法律之議定，實構成立法權之內容故也。　然則法律云者其範圍究竟怎樣？歷來解釋法律這個名詞的範圍的人，可說有三種理論：㊀

其一，以為法律為賦有普遍性之規則。　主斯說者，以為法律之特質，在其普遍性；所謂普遍性者，其涵義不外兩層：　一則法律決非對於特殊的或現在的事件所下的一種決定，而係對於合於法律條文所規定之未來一切事件，所立之一種規則。

註㊀　以下諸說詳見 Malberg, Théorie Générale de l'État (1922), t. II. 第 285 371 頁。

一則法律決非對於特定個人或特定若干人所成立的一種決定；而係對於將來凡適合法律條文所規定之任何個人所立之一種規則。說者以為法律之所以得稱為規則，亦即因其賦有如斯之普遍性。法儒愛斯曼，狄驥以及其他一般學者大率對於法律，立如斯之定義。由是則所謂議會之立法權，便卽制定各種賦有普遍性的規則之權；舉凡議會之決定，如不含有如斯之普遍性，便非法律，便不在其立法權之範圍以內。

其二，以為法律為變更權利之規則。主此說者，以為法律之要件，在能影響人民之權利，換言之，凡國家任何機關所頒布之規則，如其內容足以變更人民與人民間之權利關係，或人民與國家及其機關間之權利關係者，俱為法律。以是主斯說者訓法律為『權利規則』(Regle de Droit, Rechtsgesetz)。準斯定義，一面則議會所通過之一切決定，初不必盡具法律之性質，因議會所通過之決定初不必盡能影響人民之權利（例如議會如決定承諾政府募集一種公債或決定修築一種博物

館之類，自皆不具法律之要件；即凡議會所制定關係國家各機關的組織之規則，主斯說者亦不認爲具有法律的要件，而僅認爲行政行爲。）　一面則議會所通過之決定，初不必係對於未來一般事件與非特定之人民所制定者始得稱爲法律；即係僅對於特定的現實事件或特定的人民所成立之決定，但使其影響足以變更人民之權利，仍當稱爲法律。　一面則行政機關之命令，但使具變更人民權利之性質，亦是一種法律。　德儒拉龐(Laband)夙倡此說；德人之採納此說者殊衆。　依着此說，則如吾國臨時約法或中華民國憲法所授予議會之『議決一切法律案權』或『立法權，』其範圍便須以制定變更人民權利的規則爲限；各種規則之非以對人民設定新權利，或變更其原有權利者，俱不在此項議決法律案權或立法權範圍以內。

其三，以爲凡由議會依立法程序所成立之一切決定俱爲法律。　主此說者，以爲凡議會依立法程序所通過之決定，其效力既皆相等，而俱立於行政機關所頒布的命令之上，則議會之決定無論其賦有普遍性與否，無論其能否影響私人之權利，

其性質固皆相等，初不當認某者爲法律，某者爲非法律。換言之，議會決定之是否爲法律，全屬形式問題，而與該決定之內容或實質無關。凡議會決定之非由立法程序而成立者（例如質問案，決議案等）既不似議會決定之經由立法程序而成立者有支配行政命令之能力，自然不能目爲法律；然議會決定之經由立法程序而成立者，對於行政機關，對於法庭，其效力固皆在行政命令之上，因亦不能不一概目爲法律。法儒馬爾伯（Carré de Malberg）依據法國法律之實況，卽力倡此種形式主義之說，以排除他說。準是，憲法中倘如吾國臨時約法或中華民國憲法特以明文，承認議會享有議決法律案權或立法權，議會於此種條文之下，儘可制定諸種賦有普遍性與不賦有普遍性，能影響人民權利與不影響人民權利之規則，而其效力俱足以支配行政命令；不過此種規則須經由完整之立法程序耳。

本來法律可有實質與形式兩義。如從法律的實質以定法律之範圍，愚意第一說所立之標準，似較第二說之標準爲確定；因『普遍性』之意義如前所述，究尙

有一定之範圍，至於一種規則之是否影響私人權利，實際上便往往不易判斷故也。如從法律的形式以定法律之範圍，則第三說自屬不容否認。 惟愚於第三說，亦尙微有補充。 愚意凡由議會依完整的立法程序所成立之決定，雖俱具同等效力而可一概目爲法律；然求諸列國實例，則凡與此種決定具同等效力者，卻不必盡須經由完整之立法程序而來；如美國憲法一面認條約之效力同於法律，一面卻認條約之成立，僅須經由總統徵取上議院之同意，卽最著之一例。

第二款 立法程序

議會之行使其立法權，簡言之，可說是含有三種程序，其一爲法律案之提出；其二爲法律案在各院之討議，其三爲兩院之協議。 玆取民國二年議院法並參酌列國實例，約略說明這三種程序。

一 法律案之提出 在採用議會內閣制之國家（例如英法）法律案之提出，不僅屬諸議會之議員，抑且屬諸行政機關；以是行政機關，不僅爲執行法律之機

關，抑且爲參預立法之機關。在採用三權分立之國家（例如美國）因認法律案之提議權，爲立法權之一部分，遂僅許議會議員享有此權，而不認行政機關得向議會提出任何法律案。

按照民國二年議院法第五章之規定，法律案之提案權，亦屬於政府及參衆各院之議員；但議員提出法律案須有二十人以上之連署。惟是議員與政府雖同享有提案權，而政府提出之案，因在參衆兩院議事日程中，俱須先於議員之提案，故事實上實占優勢。其在他國，政府提案亦嘗占有種種優勢；例如英制將議會每星期中開會時間之大部分，劃作政府提案之討論時間，議員提案，每因是不得付討論是也。

二　法律案之討議　關於法律案討議之程序，列國議院法規之所規定，有許多重要之異點，茲不能爲比較之說明。吾國臨時約法初未規定法律案討論之程序，（該約法惟於第二十一條有「參議院之會議，須公開之；但有國務之要求或出

席參議員過半數之可決者，得秘密之』之規定；此外別無關於討議程序之條文。）十二年十月十日之中華民國憲法亦僅有關於討議公開，以及法定出席人數，與關於法律案可決否決的法定人數諸問題之規定（該憲第五六，五七，五九條，）而無關於討議程序之詳細規定。 此項詳細規定，俱只見於民國二年議院法及參衆兩院議事細則中。 依該法及各該細則之規定，凡法律案在各院之討議，須經過次之程序：

一、第一讀會　第一讀會，須於議案配付各議員後舉行；其目的在令提議者（政府或議員）向全院朗讀議案標題或其全文，並說明其旨趣。

二、審查與報告　法律案之經由政府提出或由他院移交者，應於第一讀會完畢後，交付相關之審查委員會審查之。㊀ 審查委員會有提出修正之權；並應依全院所定限期，將審查結果，報告大會。

註㊀　依照民國二年議院法及參衆兩院議事細則，兩院各得設立三種審查委員會：一為全院委員會；二為常任委員會；三為特任委員會。 全院委員會之制，倣自英國；該項委員會由全院議員

報告畢，全院對於該法律案就大體討論後，卽議決應否開第二讀會。

議員提出之法律案，應省去審查手續，而由全院逕就大體討論，隨卽議決應否開第二讀會；但如有請付審查之動議，經院可決後，仍須交付審查，待其報告再議應否開第二讀會。

凡經議決不須開第二讀會之法律案，卽爲失敗。

三、第二讀會　第二讀會之目的，在將該法案逐條朗讀議決。

第二讀會時，議員如有十人以上之連署，得提出修正之動議，或於讀會前將修正案提出於議長。委員會審查報告時所提出之修正案，不待有贊成人，卽作爲議題（按照參議院議事細則第二十八條，第二讀會畢，得依便宜更將修正議決之條項文句，交付原審查委員整理之。）

四、第三讀會　第三讀會，在議決該法律案全體之可否，除文字更正外，不得提出其他修正案，但寄

組成，其性質與全院會議無殊；不過會議時之主席及規則彼此不同耳。　常任委員會由全院於每次會期之始選舉，分爲法制，財政，內務，外交，軍事，交通，教育等股。　特任委員會爲審查特定案件，臨時設立之委員會。

見該法律中有互相抵觸或抵觸現行法律事項時，不在此限。以上各種程序，爲各種法律財政及重大議案必須經過之程序；但因政府之要求，議長或議員十人以上之動議，經院議可決者，得省略三讀會之順序。以是緊急之際，前述程序，仍可省減。他國議院法，亦有此種規定；特緊急二字之解釋甚爲嚴謹耳。

三　兩院之協議　列國憲法，固有對於財政案而不予第二院以否決權者；甚或有對於其他法律案，亦不授第二院以絕對的否決權者；前已述及。然大多數國家，卻仍認一切法律案之成立，須經上下兩院之一致。吾國民國元年國會組織法第十三條亦爲如斯之規定，（民國十二年十月十日之中華民國憲法，除認財政案不必取得參議院之同意亦能成立外，其於其他法律案亦認爲須經參衆兩院之同意。）在此種制度之下，自非設爲方法，以解決上下兩院意見上不相一致之點，勢必至衆多之法律案，往往因兩院意見之未能完全一致而致停頓。解決之法，有次之諸種：其一，開兩院聯合會議而以過半數之多數決定之；此法最曾行於法國，令

之羅威亦採用之。採用此法，則第二院往往立於極不利之地位；因列國第二院議員之人數，嘗較第一院爲少故也（例如羅威第二院之人數只占兩院全體人數四分之一。）吾國民國二年參議院人數只占兩院人數三分之一。其二，由兩院各推定若干委員，組織協議會；以協議之結果，提交兩院各自表決。列國之採用此法者較衆；吾國議院法亦採此制。依該法之規定，凡甲院通過之法律案，經乙院修正通過，回復甲院時，如甲院對於修正不能同意，得向乙院請求協議，乙院不得拒絕；此項協議由兩院各推定若干委員組織協議會行之，協議會之討議，以兩院未能一致之事項爲限；凡協議會議決事項，尚須交由各院各自表決，但各院不得再加修正。其三，將兩院未能一致之法律案，付諸公民複決。最近德國新憲法已採用此法（參看第三編第二章第一節。）

凡右所述，俱爲議會議決一種法律案之諸種程序。議會所議決之法律，在一般國家中，尚須經由行政機關之一種『公布』手續始能發生效力。在衆多國家

中，行政機關，於接受議會所通過之法律案時尚保有一種否決權或要求議會覆議權，其詳當於次章講述行政元首之職權時說明之。

第三目　議會的監督權

議會的監督權云者，即議會監督行政機關或司法機關的職權之謂。在一切國家中，議會對於行政機關或司法機關，固莫不享有若干分的監督權；不過議會監督權之範圍，卻隨列國而異耳。在行議會內閣制之國家，議會監督行政機關之職權較大，其最著者則為議會對於內閣投不信任票之權。在行非議會內閣制之國家（例如美國），則議會監督行政機關之權，比較地便形減小（例如美國議會，便不能如英國議會，以質問政府，或投不信任票等方法監督行政，是）。

就列國實例而言，在議會內閣制之下，議會監督行政或司法機關之方法，有以次諸種：(一)質問權；(二)審查權；(三)受理請願權；(四)建議權；(五)彈劾權；(六)投不信任票權；(七)設立國會常任委員會之權。除此諸權而外，列國憲法尚有給予

議會以他種監督權者，如議會對於行政機關任用國務員或其他官吏之同意權，議會對於締結條約之同意權等皆是此項監督權將於次章論述行政機關的職權時予以說明；本目所論，則以上述之七種監督權為限。

一　質問權　質問權云者，即議會議員對於行政事件，得以書面或言詞，向政府提出質問，要求其答覆之謂。議會之質問權一面固為議會向政府探詢行政事件之一種方法，一面卻具有監督行政之作用。

質問權的範圍，英制與法制有異：按照英制，議會議員得以書面向國務員提出質問書，質問關於該國務員所主管之事務。此項質問，純為提出質問案之議員與該國務員間的一種交涉，而與全院無涉。以故對於質問案及其答覆，他人無加入討論之權；全院亦不置討論或加以決議；如全院對於某某行政事件，欲開討論，則須經別種手續名為 Motion of Adjournment（聲請延會，即變更議事日程另議重大事件。）法制則分質問為兩種；一為不附討論之質問，（Question）一為附討論

之質問（Interpellation） 前者與前述英制中之質問相似；發言權限於提出質問者與國務員之兩方，他人不得發言；全院亦不置決議。 後者亦由議員一人或數人提出，然其性質卻在對於內閣政策爲嚴重的批評。 以故此類質問提出之後，全院得參加討論，討論終畢，且往往對於內閣全體，或某某特別國務員爲信任或不信任之決議。 以故此類質問之提出，往往爲倒閣之先步。

吾國臨時約法第十九條，規定議會有提出質問書於國務員，並要求其出席答覆之權。

民國二年議院法第九章對於質問權，有較詳之規定，亦分質問爲兩類：

(甲)議員自行提出者。 議員質問政治時，得以二十人以上之連署提出質問書，由各院轉咨政府，限期答覆。 政府答覆後，如提出質問者，認爲不得要領時，得由各院咨請國務員限期出席答覆（議院法第四十至四十一條。）

(乙)經院議可決提出者。 議員對於政治上緊急問題，得臨時動議，經院可決，要求國務員出席答覆（議院法第四十三條。）

準照以上規定；(甲)項之質問，或應僅認爲提出質問者與國務員之一種關係，僅與法制之 Question 相當；(乙)項之質問，當然成爲全院與國務員的一種關涉，殆與法制之 Interpellation 相當。

民國十二年中華民國憲法第六十七條亦有『兩院議員得提出質問書於國務員或請求其到院質問之權』之規定。

二　審查權　列國議會，對於行政及司法機關之設施，大率享有一種調查審核之權，稱爲審查權(Droit d' Enquête)。以是議會對於行政及司法機關之違法或失職等事件，倘得組織審查委員會以審查之；審查之後，凡需乎法律之補救者則以立法手段補救之；需乎他種補救者，則以他種手段補救之，(例如投不信任票。)其在英國，此等審查委員會並有傳喚人民以搜集證據之權。民國元年臨時約法及民國十二年中華民國憲法俱無規定此項審查權之明文。但該約法及該憲法俱承認議會有咨請政府查辦『官吏』之權(約法第十九條，中華民國憲法第六

十四條；）蓋僅以查辦官吏之動議權，畀諸議會，至於查辦之實施，固仍屬諸行政機關也。且所查辦者，亦只限於『官吏』至對於國務員或總統之違法或失職，約法及憲法亦俱已別設制裁（約法有彈劾權之規定，憲法有彈劾權及投不信任票權之規定。）查辦之事件，約法之規定限於『納賄違法』中華民國憲法則涉及『違法或失職，』其範圍較廣。

三 **受理請願權** 議會之受理請願權，固不純為監督政府而設，但凡人民受行政官吏或其他官吏之苛待，或對於行政司法等機關之設施有不能愜意者，亦自可向議會提出請願，以圖抵抗；以是議會之受理請願權亦實含有監督權之性質。民國元年臨時約法及民國十二年中華民國憲法俱承認議會得受理人民之請願（約法第十九條 憲法第六十六條。）民國二年議院法第五十條並明白規定『請願事件經院議可決後，其應行咨達政府者，由院咨達政府，並要求其報告。』

四 **建議權** 議會的建議權云者，即議會各院對於行政或其他事件，得向政

府提出建議案之謂。　依一般國家之通例，議會之建議案與議會所通過之法律有別：　法律須經由兩院之通過，而建議案則可由議會中之各院，向政府提出；法律案通常係對於一般事件，爲概括之規定，而建議案則卽對於個別之事項，亦可提出。在許多國家中，議會兩院所通過之法律案，政府便只有服從之義務，而無拒絕之權能；建議案則不能强迫政府之容納。　但在採行議會內閣制之國家，議會中下議院向政府提出之建議案，實際上亦往往使政府不能不容納；因政府之拒絕，便或不免使該院對於政府爲不信任之決議故也。　以是議會之建議案，亦含行政監督權之意味。

民國元年臨時約法第十九條規定參議院得以『關於法律及其他事件之意見，建議於政府。』　二年國會組織法第十四條規定建議權兩院各得專行。　二年議院法第三十七條至第三十九條規定建議案須有十人以上之連署，始能提出；提出後經院議可決，咨達政府；如政府不能採用，則同會期內，不得重行提出。

五　彈劾權

彈劾(Impeachment)制度，亦肇端於英國。英國之彈劾制，產生於十四世紀愛德華三世期內，爾時議會制度，蓋尚僅十分幼稚之期。當時之所謂彈劾，卽指英國衆議院對於國務員之犯罪，向貴族院起訴而請其審判處罰而言。當時彈劾制度之產生，其原因不外次之諸種：一則爾時司法機關，尚未脫離行政機關而獨立，國務員之犯罪，初不易受法庭之制裁，而有特設他種制裁之必要。二則當時議會內閣制尚未產生，國務員之犯罪或過失，初非如今之採用議會內閣制諸國，能由議會投不信任票以解其職；以是議會如無彈劾權，便毫無解免國務員職務之權能。三則按照英國法律，凡對於犯罪之起訴權，原屬於一種由普通人民組織之陪審員(Grand Jury)，衆議院旣亦爲代表人民機關，而貴族院歷來復爲英國最高法院，則授衆議院以向貴族院對於國務員起訴之權，自與英人傳習上之法律觀念與組織，不相矛盾。但彈劾制雖創始於英國，今則此制之在英國，久已廢弛不用（自一八〇五年以來迄今百餘年間，英之議會從無行使彈劾權之事），蓋英國

法庭之獨立，既足以爲國務員犯罪之制裁，且自英國議會內閣制實現而後，議會尙有他法（投不信任票）以爲國務員犯罪或失職之制裁故也。

然其他諸國之憲法，對於行政元首及國務員之犯罪，仍皆設有議會彈劾權者，其理由有二：一因行政元首及國務員之地位甚隆，權威甚高，倘純恃普通法庭行使制裁，實際上或不免因法庭之瞻徇顧忌，而使制裁同於虛設；一因元首及國務員之違法或犯罪行爲，往往含有政治性質；此類政治性質之違法或犯罪行爲，因其意義之空闊，在解釋上，法庭將極感困難。

至於彈劾權適用之範圍，則可分爲次之兩層說明之：

其一爲彈劾權所可適用之行爲　列國憲法，或認議會之彈劾，僅能適用於犯罪行爲（例如美國憲法）；或且認議會之彈劾，僅能適用於與職務有關之犯罪行爲（法國憲法）；或則認議會對於一切違反憲法或法律之行爲，得以提出彈劾（德國新憲法）。　然無論列國律文之差別如何，彈劾權之適用，充其量亦不過能適用

於一切違法行爲，至於政策上處分之失當，則不能適用彈劾手續；蓋在採用議會內閣制之國家，行政機關之政策如經議會認爲失當，議會尚可行使其投不信任投票權使之去職，原不必借助於手續較爲繁重之彈劾；其在採用非議會內閣制之國家，行政機關之行政政策，本不受議會之支配，如許議會對於其政策亦得予以彈劾，在理論上又不免發生矛盾故也。 英國議會之行使彈劾權，最初亦限於違法行爲；至十七世紀時，間亦有對於國務員政策上失當之行爲（例如與外國訂結不當之條約）而施以彈劾者；爾時英之議會內閣制尚未產生，彈劾權範圍之如斯擴充，固亦有其原因；今則英之彈劾制久已廢弛，而凡關於國務員政策失當之行爲，英之衆議院亦僅以投不信任票之手段制裁之矣。

吾國民國元年臨時約法全無關於不信任投票之規定；至於議會對於國務員彈劾權，則認爲適用於『失職或違法』之兩項行爲。 以失職與違法並稱，則失職云云，殆可包含着政策上失當之行爲。 果爾，則是當時造法諸人，誤將彈劾與不信

任投票兩種手段混視爲一事。民國十二年之中華民國憲法則對於彈劾與投不信任票分別爲之規定，而認彈劾權之適用，僅限於違法行爲。至對於大總統之彈劾，臨時約法則規定僅以謀叛行爲爲限；民國十二年之中華民國憲法亦然。

其二爲彈劾權所能適用之官吏。列國議會之彈劾權，其在君主國家，則僅適用於國務員而不適用於君主；在共和國家，大都亦僅適用於總統及國務員而不適用於其他官吏；然美國則以之適用於總統國務員以及其他官吏；蓋美係採用非議會內閣制之國，議會對於行政官吏之違法行爲，絕無他種監督之權能，（如審查，質問等權，）故其彈劾權適用之範圍，亦如斯擴充。吾國臨時約法則認彈劾權僅適用於大總統及國務員；民國十二年中華民國憲法亦認此權只能適用於大總統，副總統，及國務員。

復次，關於彈劾案之審判，列國之規定，亦殊不一律：或則以審判權委諸法庭；例如比國憲法便規定凡彈劾案由下議院以半數之多數通過後，須提交最高法庭

審判；又如德國新憲法規定，凡彈劾案經由下議院院員三分二之出席，與出席人員三分二之同意，便須提交最高法院審判，是。此種制度不以彈劾案之審判權委諸上議院，而以之委諸法庭者，實因上議院係政治機關，如以審判之事畀諸政治機關，嘗因該機關中多數政黨之庇護或攻擊，不易產出公平之判決故也。或則以審判權委諸上議院；英法美諸國俱係如此。但美制雖以審判衆議院所通過的彈劾案之權委諸上議院，然亦設有兩層限制；卽（一）上院判決任何人爲有罪時，須經出席院員三分二之同意；（二）上議院判決之結果，應僅以褫職及剝奪公權爲限；其他刑罰，惟普通法庭得科處之（普通法庭於上院判決後，對於被彈劾者，尙保有處以他項刑罰之權）。凡斯限制，俱在預防上議院議員爲政治情感所驅使，或爲黨見所挾持，而致產生偏激輕率之判決。

吾國元年臨時約法對於彈劾大總統案之審判，係略倣比制，以彈劾案付諸最高法院所組織之特別法院審判；其於彈劾國務員案，則未規定審判手續，僅定彈劾

案通過後，國務員即須解職。 於此亦略見當時造法諸人將彈劾與投不信任票混爲一事。 至於彈劾大總統案之通過，該約法規定須經參議院院員五分四之出席，出席員四分三之同意；彈劾國務員案之通過，須經參議院院員四分三之出席，與出席員三分二之同意。 元年國會組織法，則規定彈劾案須經參衆兩院之通過。

民國十二年中華民國憲法對於彈劾案通過及審判之規定，大體係採美制：

(甲)對於大總統及副總統之彈劾。

凡彈劾案須由衆議院提起；通過時須有該院議員總數三分二以上之列席，列席員三分二以上之同意。 凡彈劾案須由參議院審判；判決爲有罪時須經該院列席員三分二以上之同意。 參議院判決認爲有罪時應黜其職；其罪之處刑，由最高法院定之。

(乙)對於國務員之彈劾。

凡彈劾案須由衆議院提起；通過時須得該院列席員三分二以上之同意。

凡彈劾案須由參議院審判；判決爲違法時，須經該院列席員三分二以上之同意；參議院判決國務員爲違法時，應黜其職，並奪其公權；如有餘罪，付法院審判之。

六　不信任投票權　凡行議會內閣制之國家，議會對於國務員全體，或國務員個人，不能信任時，類得以投不信任票之方法，促令去職。不信任案得對於內閣政策失當之行爲而提出，初不限於違法行爲；不信任案並得以過半數之通過而成立。凡此皆顯然異於彈劾者。以是之故，凡行議會內閣制之國家內閣之政策，乃不能不取得議會多數之贊援。但列國憲法之授議會以不信任投票權者，太都亦授行政機關以解散議會之權；由是，凡議會因不滿意於行政機關之政策而投不信任票時，行政機關如認議會之主張與民意相反，亦得以解散議會，召集新議會之手段，訴諸選民；第新議會召集之後，如國務員在議會中仍不能取得議會多數之信任，便不能不出於解職之一途耳。英之憲法習慣，便係如此；他國之採用議會內閣制

者亦率如此。惟是承認議會享有不信任投票權，原只是欲討內閣政策，與代表民意機關之意見趨於一致；在許多國家中，因其代表民意之機關，嚴格地便只是下院，而非上下兩院，以是不信任投票權，亦只下院享有；上院初不能行使此權以爲推翻內閣之手段。英之憲法習慣亦係如此；他國憲法甚且以明文承認此權純然屬於下院。

吾國臨時約法毫無關於不信任投票之規定，因造法諸人誤將彈劾權與投不信任票權相混故也。民國十二年中華民國憲法承認衆議院得對於國務員爲不信任之決議（第六十二條）；同時復規定『大總統於國務員受不信任之決議時，非免國務員之職，卽解散衆議院；但解散衆議院須經參議院之同意……（第八十九條。）』該憲之此種規定係模擬法國現行憲法。

七　設立議會委員會之權　列國憲法，爲使議會對於行政機關之行動，能爲充分之監督，有於議會閉會期內及議會解散期內，由議會選定若干議員，組織一種

議會委員會，代表議會，監督行政機關者。捷克斯拉非克亞一九二〇年之新憲法卽其一例：依該憲之規定，議會兩院於議會閉會，停會，或解散期內，得共同設置一種委員會，倘遇緊急事故發生，則凡行政機關處分之須經議會決定者，卽由該委員會代表議會決定之。 其他諸國，尙有對於特殊事宜，設置特殊委員會以監督行政機關者： 例如德國一九一九年新憲法，一面承認衆議院於議會閉會，或解散期間內，得設置一種與捷憲相似之議會委員會以保障議會之權利，而監督行政機關之動作；一面並承認衆議院於此種期間內，得設置外交委員會，以監督行政機關之外交事宜，是。

臨時約法初無關於此類委員會之規定；天壇憲法草案雖曾承認國會兩院，得各選定議員二十人組織國會委員會，俾於國會閉會時監督行政機關，然該草案之此項條文於二讀會時亦被否決；以故民國十二年中華民國憲法亦無關於此類委員會之規定。

第四目　議會的財政權

在現代國家中，財政案之議決權，固無不委諸議會。所謂財政案，概括言之，便即一切關係國帑收入與國帑支出之法案。此種法案之議決權，在現代自由國家，實爲議會監督行政機關之最大利器，然嚴格言之，此種議決權之性質，亦初不能純目爲一種監督權；其與議會通常之立法權也不純然相同，以是此種職權，究可目爲議會之一種特殊職權。本來英法等國議會制度，即因對議課稅而產生；他國議會，類皆直接間接仿自英國，故亦莫不授議會以議決財政案之權。民國元年臨時約法亦承認議會有議決預算，決算，全國稅法，募集公債，與增加國庫負擔的契約之權（該約法第十九條第二項至第四項；）十二年十月十日中華民國憲法亦有相似之規定（該憲第十一章。）

依上所述，所謂財政案者，其種類自多；然就中最關重要者，則爲預算案與決算案。

一　預算案　預算案之內容，在預定一定期限內國家收入及支出之數額；預算案之目的，在令政府按照預算案實行徵收與支付。茲依列國實例，論述與預算案有關之幾個問題：

其一，預算案的期限。　列國預算案的期限，通例率為一年。　此種通例，沿自英國。　英自一六八八年革命而後，議會欲令其議決財政法案之權，能充分地節制行政機關，遂採逐年議決預算之制；凡應經議會逐年議決之支出及徵收，倘一年期滿，未經議會議決，政府即無徵收或支出之權；以是議會得以拒絕通過預算案，為強制政府服從議會之武器。　但精細言之，英制將國家支出及稅入尚各分為數類，其期限初不盡為一年。　就支出而言，英制分為兩類：一為永久支出；如皇室歲費及特種官吏歲俸之類，皆屬之；此類支出名為(Consolidated fund Services)。　其他支出，則構成所謂 Supply Services，必須逐年由議會議決。　就稅入而言，英制更分為三類：第一類為必須逐年議決之稅目；第二類稅目，係可繼續徵收至若干年者；第三類稅

目，毫無時間限制；在未經議會議決變更或廢止以前，該稅目得繼續徵收。實際上第一類稅目只佔總稅目之極小部分（惟茶稅，所得稅等少數稅目，屬於第一類稅目；）第三類稅目殆佔總稅目五分之四。以是，英國預算案的期限，雖號稱一年，而預算案之討議，尙不至十分繁重。然英國議會仍往往不及於會計年度終止前，議決次年度之預算案（英國會計年度爲四月一日至次年三月三十一日；議會討論預算案通常僅於二月開始；全部預算案通常延至八月——卽會計年度開始後四五個月——始獲議決。）以是，政府嘗須請求議會議定，准其暫行動用國帑若干。衆議院徇政府之請，遂先行議決此種暫准動用之款額。直至全預算案中支出各項討議完畢，議會乃將曾經准予政府暫行動用各款一併括入於一種法案之內，給以最終之表決；此項法案名爲『國帑支出法』(Act of Appropriation)。

法國預算制度，較英制爲尤嚴厲：一切租稅，俱須逐年由議會議決；國家支出，除一二特例外，亦一律須由議會逐年議決。未經議決，政府卽無徵收或支付之權。

倘預算期滿，而議會新預算案尚未成立，議會亦率先行議決，准政府於新會計年度開始後若干月內徵收若干租稅，與動用若干國帑（法國會計年度為一月一日至十二月三十一日；議會大率僅於十一月開始討論次年度預算；以是，新預算案往往遲至六月始獲成立。）

德國舊預算制度，雖亦承認預算期限為一年，而對於特種支出，預算案內尚設為較長之期限；例如歐戰以前，德國陸軍費之預算期限為七年，海軍費之預算期限為五年，是。 此等辦法為法國預算制度所不許；以其足以減少議會節制行政機關之權力。 然舊德意志議會權力之縮小尚不只此： 依照舊德意志預算制度，凡預算年度已滿，而新預算尚未成立時，政府得不經議會之決定而逕照舊預算繼續徵收與支付。 此種辦法，直使議會不能以拒絕通過新預算，為強迫政府服從議會之武器，與英法諸自由國家預算制度之精神，蓋完全相反。 日本現行預算制度亦與舊德意志制度相同。

吾國民國十二年中華民國憲法，一面規定預算期限爲一年，一面復規定『政府因特別事業，得於預算案內預定年限設繼續費』（該憲第一一三條。） 其第一一七條，並有『會計年度開始，預算未成立時，政府每月，依前年度預算十二分之一施行。』 凡此蓋俱沿自舊德意志之預算制度。

其二，預算經費的支付。 按照一般國家的通例，預算案內關於支出之規定，係就各項政務分別規定；政府對於各項政務之用費，不特不能超過預算案中對於各項政務所規定之用費，抑且不能挪移甲項政費之盈餘，以補乙項政費之不足。 爲預防政府破壞此種規律起見，列國乃設有審計機關；凡政府向國庫支用任何經費，俱須經審計機關之核准；如政府之支用，違背預算案之所規定，審計機關便得拒絕之。 以是審計機關，在衆多國家中，遂不得不離行政機關而成爲獨立機關。（民國十二年中華民國憲法亦設爲獨立之審計院，以行使此種審核權。）

其三，預算案的提出與修正。 在行議會內閣制之國家，預算案自然由政府提

出；但在採用三權分立主義之美國，預算案卻須由議會自行起草，自行決定；特議會於草擬預算案之時事實上仍不能不要求行政機關予以種種報告或助力耳。 至於議會議員對於政府所提出預算案之修正，列國憲法或法律，大率設有一種限制，卽議會議員，不得提出增稅，或增加歲出之修正條款是也。 （民國十二年中華民國憲法亦規定國會不得爲歲出之增加。） 此項限制，一面在預防議會議員因受選舉團體或其他方面之請託，而濫求增加度支（此種請託，極屬難免之事；）一面在使政府對於預算案，不易卸脫其責任（因彼所提出之預算案歲入既無增加，歲出亦無增加，則實施後無論發生如何困難，彼殆不能不自負其責。）

二 決算案 列國通例，行政機關須逐年將一切國家機關之收入支出，造成一種決算案，先交由審計機關審核，次卽將該決算案及審計機關審查之結論，提交議會。 議會再將此種決算案，交付一種決算審查委員會細爲審查，而以審查之結論，向議會報告。 議會就報告討論後，再加表決。 如議會發見該決算案中之徵收

或支出，有與預算案相牴牾之點，或有舞弊情事時，自可否認該決算案而責成國務員負政治上之責任，或使之負民刑責任（民國十二年中華民國憲法第一百二十條亦有『國家歲出歲入之決算案，每年經審計院審定，由政府報告於國會。眾議院對於決算案或追認案否認時，國務員應負其責』之規定。）

第四節　議員的特殊保障

列國憲法，爲保障議員個人之安全與自由起見，對於議員，俱給以兩種特殊的保障：一爲議員言論的特殊保障，一爲議員人身的特殊保障；前者在令議會議員於議會內，得以自由表示其意見，無所畏憚亦無所束縛，後者在使議會議員之人身，不易受非法之逮捕或其他虐待。

一　議員言論的保障　此種保障，亦肇始於英國。英當十四至十六世紀期內，眾議院議員，在院內所提出之議案，或在院內發表之言論，有時經行政機關認爲

妨及國王權利，或認為非法，而予以控訴；甚至對於議員之表決，亦有加以控訴者；爾時衆議院雖嘗抗議，然多歸無效。自一六八八年革命而後，英議會遂於其『權利宣言』(Bill of Rights) 中，規定議會以內之一切言詞辯論，與討議手續，任何法庭與院外任何其他機關，不得過問。他國憲法亦俱設有為與此相似之規定。

民國元年臨時約法第二十五條規定『議員於院內之言論及表決，對於院外不負責任，』亦卽在承認法庭與院外其他機關不得過問院內言論及表決；質言之，此種言論或表決卽令觸犯刑法，（如毀人名譽，鼓煽犯罪之類）法庭亦不得起訴或處罰。以故此種規定，實是對於普通刑律所示之一種例外。但約法之所規定，固只(一)以院內之言論及表決為限，院外言論及表決，不受特殊保障；(二)以言論及表決為限，議員在院內之其他犯法行為(例如毆擊他人)，亦不受特殊保障；(三)以對院外不負責任為限，院內之懲戒規則，對於議員，仍有拘束力。

民國十二年中華民國憲法關於院內言論及表決的保障之規定，與約法同。

二　議員人身的保障　此層保障，與前項保障，其目的俱在維持議員之自由與安全，使不致因政府之暗算，而不克從事於其議會之職務。　此制亦濫觴於英國；但英國法律對於議員人身所給予之特殊保障，亦尚限於不得因民事案件而逮捕議員；如議員有犯罪行為，議員仍可被捕；第逮捕之機關，於逮捕後，須立即通知議院耳。　他國憲法，以此種保障，仍不充足，乃認議員之犯罪，凡在議會會期中，亦俱須預經議員本院之許可，始受逮捕（但現行犯除外。）

臨時約法第二十六條規定議員『除現行犯及關於內亂外患之犯罪外，會期中非得本院許可，不得逮捕』。　此種保障，較諸一般國家憲法所給予議員之人身保障，不免縮小。　茲為說明如次：

（甲）現行犯及內亂外患罪之除外。

現行犯之必須除外，其理甚明；但現行犯之意義，亦應作嚴格的解釋。　內亂外患罪之除外，實最危險；蓋內亂外患罪之性質，嘗廣泛無準；此種除外，易為

政府利用以爲陷害議員之武器　民國十二年中華民國憲法已削去關於內亂外患罪除外之規定（看該憲第六九條。）

（乙）保障僅限於逮捕，而凡搜查傳訊起訴等等手續，仍不須預經議會之許可。

列國法律，有規定搜查，起訴，逮捕，監禁，等等行爲，俱須預經議會許可者（例如法國一七八九年『制憲會議』(Assemblée Constituente) 卽有如斯宣示。）　民國十二年中華民國憲法，於禁止逮捕外，並禁止『監視』（該憲第六十九條。）

（丙）此層保障限於議會開會期間以內。

保障之目的，只在令議員得以自由行使其職務；故議會閉會期內，一般國家俱不令議員享有特殊之保障。　約法遂亦因之。

以上爲約法第二十六條規定之範圍；至議會經法庭請求逮捕時，當依若何

原則以爲允許或拒絕之標準，卻爲約法所未規定。依據法理，則議會之許可或拒絕，僅當視要求逮捕者，是否出於誠意執行法律，而不當推求議員之是否犯法；因爲議會之拒絕與許可，如以當事者之是否犯法爲準，實際上便不免有議會逕自行使司法權之嫌。

約法尙有一層缺漏，卽未規定議會對於已經逮捕或監禁之議員，有命令法庭釋放之權。無此規定，則上述人身保障，仍或不能發生充分效力。他國法律，頗有設爲如斯之規定者，例如法國現行憲法承認議會有停止對於議員之拘留或訴訟之權，是（但其停止，以本會期或本議會任期爲限。）民國十二年中華民國憲法第六十九條亦有『兩院議員，如因現行犯被逮捕時，政府應卽將理由報告於本院；但各本院得以院議，要求於會期內暫行停止訴訟之進行，將被捕議員交回各本院』之規定。

第二章 行政機關

本章之範圍在對於列國行政機關之組織及其職權，爲比較的說明與討論。『行政機關』(The Administration) 這個名詞，本與『執行機關』(The Executive) 同義，而往往互用。 故僅就字義言，行政機關殆即執行法律之機關，或享有執行法律權之機關。 惟是論者雖得以『執行法律權』這個名詞解釋『行政權』，而因行政機關，在一切國家中俱不僅爲享有行政權或執行法律權之機關，我們遂亦不能取行政機關職權之一部分，以釋行政機關這個名詞。 以是行政機關云云，初不得僅訓爲享有行政權或享有執行法律權之機關。

在通常憲法用語或學術用語中，行政機關這個名詞，可說有廣狹二義。 就其狹義言，則行政機關係專指一國高級行政機關而言；如在法美等國，則指其總統與

國務員而言；在瑞士等採用行政合議制度之國，則指其聯邦行政委員會而言，是。就其廣義而言，則行政機關之名詞，往往不僅包含上述之最高行政機關，而實兼含上級及下級一切行政機關而言；卽所謂軍政機關，亦往往包含在內。

本章之稱用行政機關，既非僅認其爲享有行政權或執行法律權之機關，亦非泛指一切上級下級行政機關而言。本章之稱用這個名詞，除有特別聲明者外，係專指高級行政機關而言，如上述通常用語中之狹義者，是。

第一節　行政機關的組成

在一般國家中，最高行政機關之組成，大率採用一種獨裁式之總統制，或採一種責任內閣制；但列國實例上，固亦有對於國家最高行政機關之組織採用合議制者。

本節因取列國行政合議制，總統制，及責任內閣制，分別論述其行政機關之組成。

第一目　行政合議制

一　行政合議制的意義　行政合議制，吾國普通稱爲委員政府制，或行政委員會制，或更簡稱委員制。　惟是『委員』之名詞，通常係指不具有原始的職權者而言；其與彼所產生或彼所受託之機關，初不立於對等地位，而完全受其意志之拘束；蓋與私法上『受託人』與『委託人』間之關係約略相似。　誠然，如果採用行政合議制，則行政合議團體之分子，對於立法機關，殆以具有如斯委員性質爲宜；卽列國之採用斯制者亦往往如是。　然行政合議制之可能的形式，究不限於如此，固亦顯然。　茲稱用行政合議制之名詞，卽以其涵義較爲廣闊與渾成之故。

行政合議制，在令國家行政機關之職權，不由一個首領行使，而由一個衆人合組之合議團體行使。　構成此合議團體之分子，彼此立於平等地位，其法律上之權限初無軒輊；此合議團體雖亦往往有一人爲其形式上首領，然此種首領初不過爲內部會議之主席或對外之代表；除此而外，其職權固仍與該團體中其他分子之職

權相等。所以這種制度，既不類於獨裁式之總統制，亦不類於兩層機關式之責任內閣制。

二　行政合議制的理論

在現代一般國家中，合議制已不僅適用於立法之組織，抑且往往適用於法庭之組織。至就行政組織而論，雖亦頗有適用斯制於特種行政組織或地方行政組織之例可舉，然以斯制適用於最高行政機關之組織者，究屬僅見。此制之所以未被一般國家採用，亦實緣此制有幾種顯著之流弊：

第一個流弊便在缺欠敏活。一切重要行政事項，既俱須經由一個合議機關決定，行政機關之動作，自然不易敏活。這種缺欠敏活之狀態，將令行政機關不易應付許多之事變，而尤不易應付非常之事變。第二個流弊便在責任不明顯。一切行政政策，既俱產自合議機關多數之決議，而個人之主張，又往往因種種原因勢不能使之宣洩於外，則一般社會對於一種政策之失敗或成功，自亦往往不能確然辨識其責任之所在。這種責任不明之狀態，亦足令一般社會對於各個行政當局

之個別能力與識見，不易爲精密之判斷。第三個流弊便在行政政策之不易貫徹。行政合議機關之各個分子，彼此原處於完全平等之地位；倘該分子中含有合作精神較形缺欠之人，或則對於合議機關多數決定之政策，因不願犧牲己見而不誠意援助其執行，或且從事於不利於該項政策之諸種動作，則該種政策之實施，便要感受困難；倘此種困難竟達一定之程度，該種政策或且不能獲得相當之試驗。這種政策不易貫徹之狀態，既足使行政機關不易有對抗議會之能力，尤足令一般社會對於一種政策之失敗，不能了解其真實之原因（因爲那種政策沒有得着相當的試驗）。

這些缺欠敏活，責任不明顯，與政策不易貫徹的流弊，一般論者認爲責任內閣制，大都能解除到相當之程度；故卽懼美國式之總統制可以釀成行政專制，一般論者亦不主採用行政合議制以爲之代替。在民治素養已達相當程度，行政機關已經不是最危險的機關之國家，則爲防杜議會專橫起見，就是美國式之行政獨裁制，

自有其正當之功用。

然行政合議制雖有如斯之流弊，而主張斯制者，卻亦有幾種簡單的而亦具有相當勢力的理由：一則以爲此制可以滌盪君主政體之遺跡；其在新從君主政體脫胎之共和國家爲改造一般社會之心理與觀感起見，此種制度，尤或有顯著之功效。羅馬共和首創時期與法蘭西之第一次共和，俱採行政合議制，大半以此。二則以爲此制可以防杜行政之專制，可使行政機關侵犯議會或危害人民自由之種種行爲，較難實現；因爲專擅行爲之實施，出自一人之決定易，出自衆人之合議便或不易；其在民治素養尙淺之國，行政專制之可能性比較的既屬甚大，此制之功用比較的亦或較高。三則以爲此制可以補救行政人選之失；蓋事權如果集中於一人，則一人人選之不當，便要貽誤行政機關之全體；倘以事權畀諸一個合議團體，則卽該團體中有一二人選之不當，亦或不至貽誤全體。

三 行政合議制的實例 如純從理論上構思，行政合議制自然可有許多的

形式。求諸事實，則以斯制適用於國家最高行政機關之組織者，殊無衆多之實例可舉。在古代歷史中，則羅馬共和時代之康修爾 (Consul) 制㊀與吾國周厲王出奔後之周召『共和』制㊁亦或可以約略擬於行政合議制之列。但以次所論則僅以近代及現代之三例爲限；即一，法蘭西革命時代之執政委員會制；二，瑞士之聯邦委員會制；三，蘇俄之人民委員會制，是。

第一，法蘭西革命時代之執政委員會 (Le Directoire) 制。

註㊀ 羅馬共和時代，設立兩個行政首長，俱稱爲康修爾；此種兩頭政治垂四百餘年。

註㊁ 史稱周厲王暴虐，爲民所攻，出奔於彘；召公周公二相行政，號曰『共和』。說者遂謂共和之政亦即一種兩頭政治。惟是共和云云或亦僅指不相違戾而言；亦初不必含有兩人地位平等之意。且當時厲王雖已出奔而厲王尚存；厲王之太子靜（即於厲王卒後經由召公扶立之周宣王）亦尚匿養於召公之家；以故共和云云，亦未必即爲無君之政。凡斯諸點，因史料貧乏，似俱不易確定。

羅馬而後，歐洲史乘上之行政會議制最值得我們注意的，便是法蘭西大革命期內一七九五至一七九九年所曾採行之執政委員會 (Le Directoire) 制。　此制與其他諸國所曾採行之行政合議制相較，有一個特點。　這個特點，在將行政機關之決議權與其執行權完全分開，以行政決議權畀諸一個行政合議機關，卽所謂執政委員會；而以執行此項決議之權畀諸這個合議機關以外的幾個各司一職的『國務員』。　這是執政委員會制中極堪注意的一點；我們不能不稍爲詳其內容：

執政委員會是由五個委員組織的。　這五個委員，是由下議院 (Conseil des Cinq Cents) 推定雙倍額數的候選人而提經上議院 (Conseil des Anciens) 決選而產生的。　這五個委員，每年須改選一個（第一次當選諸人於最初四年內以抽籤法改選）而且凡經改選的委員，在其解職後五年以內，便不能重行當選。　這五個委員輪流爲執政委員會的主席；每三月更換一次。　所以每屆主席的任期，極其短促。　執政委員會是最高行政機關，他的行政職權是很寬闊的；但這個委員會卻只

是一個行政決議機關。他不直接執行他的決議;他的構成分子(卽執政委員)也不直接執行他的決議。他的決議是交付六個至八個『國務員』分別執行的。這六個至八個『國務員』是由執政委員會任免的;而執政委員卻不得自兼國務員;這六個至八個『國務員』亦只是各司一種職務的人員,並不成立一種合議團體。㊂ 這樣形式的行政合議制在理論上似是比較適宜的一種形式;因爲執行與決議既經分開,則雖行政合議機關之內含有一部分缺欠合作精神之人,亦或不致使合議機關決定之政策,在執行上發生障礙。

第二, 瑞士的聯邦委員會(Bundesrath, Conseil Fédéral)制。

瑞士是行政合議制行用最久而且成效最著的國家;瑞士的歷史可以說是從十三世紀開始;而瑞士有史以來,也就沒有君主制或其他獨裁制,而只有行政合議

註㊂ 以上詳見 Aulard, Histoire de la Révolution française, 第 562-563 頁; Duguit et Monnier, Les Constitutions de la France depuis 1789 (3e éd.) 第 95-98 頁。

制（瑞士行政合議制惟於受法國拿破崙征服時期曾有極短時期的中斷。） 瑞士並且是行政合議制行用最普遍的國家，他的中央行政組織，和他的各州行政組織，俱係採用此制。 我們這裏所討論的，僅以瑞士聯邦委員會制爲限。 瑞士的聯邦委員會制，較諸其他行政合議制，在法制上及習慣上，各有其特點。

法制上之特點有二： 第一，聯邦委員會，是含有元首的；然而元首之存在，并不影響合議制之精神。 聯邦委員會，是瑞士的最高行政機關，是由七個委員組成的。這七個委員都是由議會上下兩院開聯合會選舉來的。 他們的任期都是三年。議會逐年就這七個委員中選定一個委員，爲瑞士聯邦的總統(Bundespraesident)；選定又一個委員爲瑞士聯邦的副總統。 所以聯邦委員會并不像羅馬的康修爾制，完全沒有首領；亦不純像法國的執政委員會制，雖有議會的主席而主席卻不具元首的頭銜。 但是這個總統及副總統不獨任期都只有一年，而且任滿後之次一年不能繼續當選。 就是總統的職權，也就除了對內爲委員會會議的主席，對外得

代表委員會履行諸種儀節（如接受外國元首與公使之類）而外亦與其他委員，完全平等。　他在委員會中，並且與其他委員一樣投票。　所以總統與副總統的名稱，嚴格的講，實在與實際不甚相稱；而聯邦委員會，卻因是而得保全合議制之精神。第二，聯邦委員會的七個委員，各是主管一部的部長，這是該制與法之執政委員會制顯然相異的；然而聯邦委員會亦不因是而喪失合議制之精神。　聯邦委員會的構成分子——總統，副總統，以及其他——都是主管一部的人員；都是一個部長。但是這七個委員如果各就其所管的部務有單獨決定權，合議制之精神，便不免要被破壞。　所以瑞士的憲法第一〇三條復明定，行政決議，俱須出自聯邦委員會，而委員之各主一部，不過是謀事務的審查與事務的執行之便利而已。　在這種規定之下，各部部長（卽各委員）的職務，將不過豫備各該部提交委員會的決議案，與執行委員會對於各該部事務的決議案；而其自己將不享有任何單獨決定之權。㊄

註㊃ Barthélemy, Le Rôle du Pouvoir Exécutif daus les Républiques Modernes (1913), 第 277 頁及以下。

不過憲文的涵義，雖可作如是解釋，實際上瑞士聯邦議會卻不能不給予各部部長以若干單獨決定之權；就是嚴格的在憲文上說，瑞士憲法學者間固亦有謂聯邦委員會但能對於各部的任何決議保有撤銷或變更之權，則憲文之精神即得完全保全者。㊄ 惟是各部部長對於各部事務雖有取得若干分單獨決定之權，然一切稍形重要之事件，實際上究俱由聯邦委員會決定。㊅ 所以合議制之精神，究可說是貫徹到了可能的程度。

瑞士行政合議機關之組織，在法制上固有上述兩個特點，在習慣上也有兩個特點：第一，聯邦委員會在習慣上不是代表一個政黨的機關。瑞士雖然是一個小小國家，卻是一個含有數種民族，數種語言，數種宗教的國家。依着習慣，聯邦委員會也就當是代表諸種民族與宗教的團體，不是代表一部分民族或一種宗教的

註㊄ Burckhardt, Kommentar der Schw. Bundesverfassung, 第812頁。

註㊅ Barthélemy, 前書第285頁。

團體，亦不是代表議會中一個政黨的團體。　依着習慣，這七個委員總得有一個委員是由芻維西（Zürich）州出身的；總得有一個委員是由柏因（Born）州出身的；總得有一個委員是由信奉天主教的諸州出身的；而且說法國話與說意大利話的諸州，通常也各在委員會中佔有一席㊆　第二，聯邦委員會的各個委員在習慣上，幾乎都是一個終身官吏。　聯邦委員會的委員，在法律上本只有三年的任期；但在習慣上，這些委員，只要他自己願意繼續充任，幾乎沒有不繼續當選的：　自一八四八年至一九一九年七十餘年中，說者以為這個習慣便只有一回例外。　所以聯邦委員會的委員，事實上都成了終身官吏。　這個習慣之所以養成，一半因為瑞士的聯邦委員會，實際上不是一個決定政策的團體，而純是一個執行議會政策的團體，因是議會選舉這些委員，偶只偏重他們的行政經驗與能力，而不注意他們的政見或言論豐采。

註㊆　Bryce, Modern Democracies (1921), Vol. I. 第394頁。

以上是瑞士聯邦委員會制的內容。　瑞士這個制度的成效，是盡人所承認的。這種制度收效的原因，我們固不能說是與該制本身的完善無多大關係；然而一部分原因——甚或主要的原因——卻不在制度的本身。　瑞士民族數百年的民治素養，當然是這個制度收效的一部分或大部分原因。　因為瑞士民族有了這樣長期的民治素養，所以能使他的行政合議制，實現他的特長，而不發現他的短處。　譬如聯邦委員會的分子，在習慣上既都享有終身任期，那末在事理上就難保行政人員不偏於保守固陋以致不能追隨人民的新蘄求，與社會的新變化，而演成一種官僚政治。　然而在民治素養甚深的瑞士，聯邦委員會之官僚化，卻是不會發生的（聯邦委員會之所以不致官僚化，與瑞士的法制，卻也是有關係的；因為在瑞士制度之下，聯邦委員會的委員是常日在議會中生活的，是常日參加議會的討論而受其督責與陶冶的。）　而在他一方面，瑞士行政機關的行政政策卻因聯邦委員會的委員俱為長期的官吏而能繼續不斷；瑞士行政機關的行政效率，亦因是而獲提

高，復次，瑞士行政合議機關既須完全受議會支配而毫無牽制議會行動的權能，那末，在事理上亦或可以釀成議會多數之專制。 然而多數專制的事，在瑞士也是極不容易發生的事，因爲瑞士的輿論，歷來就是最能顧惜少數的利益而不肯讓少數受過分壓迫的。 所以行政機關儘管沒有牽制議會的權能，而議會多數之專制卻也不會發現（這一層事實，與瑞士所行的複決與創制等法制，卻也不無關係；因爲在那些制度之下，議會尤不能不受輿論的制裁。） 此外，瑞士聯邦委員會爲代表各種政治色彩的團體，而其分子又各各爲執行委員會議決之部長，在事理上亦都可以增加委員間意見分裂與合作困難之程度；然事實上這些流弊卻也因瑞士人民習於調和與互讓而獲減免。

第三 蘇俄的人民委員會（Sovnarkom）英譯（Council of People's Commissars）制。

蘇俄的人民委員會制，是與蘇俄同時產生的。 他於一九一七年十月鮑爾雪

維克黨人革命時卽已產生，而旋經全俄蘇維埃大會承認的。一九一八年七月蘇俄之第一次憲法，與一九二四年正月蘇俄之第二次憲法（卽其現行憲法）亦皆保持這個制度。雖則這兩種憲法彼此不無重大的異點，蘇俄中央機關之組織，在這兩種憲法內，卻沒有重大的差異；而人民委員會制之變更尤少。所以蘇俄的人民委員會制，總算是一個已經經過相當試驗時期的行政合議制。雖則我們對於這個制度未來的變遷，至今仍難預測，而這個制度既存的形式究是已經值得一般考慮的。

蘇俄中央機關的組織，是與一切國家的中央組織不相類似的。蘇俄的中央組織，至少可以說是包含着三個機關；卽全俄蘇維埃大會（All-Russian Congress of Soviets），全俄中央執行委員會（All-Russian Central Executive Committee），與人民委員會，是（精細點說，應該說是含有四個機關；因爲全俄中央執行委員會還附設有一個理事部（Presidium）。

蘇俄的第一個機關爲全俄蘇維埃大會。這個機關在形式上便是蘇俄的最高機關。他是一種職業代表機關；他是由各省職業代表機關（省維埃大會）與各城市職業代表機關（城市蘇維埃大會）所選舉之代表組織的。他的人數甚衆，每年集會之次數甚少；每次集會之時間亦極短。實際上他並不是蘇俄的最重要機關。全俄中央執行委員會是由全俄蘇維埃大會產生的；凡値全俄蘇維埃大會期間，他便可以代表全俄蘇維埃大會而行使其一切職權（此爲蘇俄政制之一個特點；）而且他所行使的職權，兼含立法，行政，司法諸種職權（此爲蘇俄政制之又一特點。）全俄中央執行委員會自己亦設有一個委員會名理事部；這個理事部在全俄中央執行委員會休會期內，亦可代表該會監督人民委員會及行使其他一切職權。

人民委員會是一個合議的行政機關，他也有兩個特點：第一，人民委員會的分子，大部分是兼管部務的，一部分是不兼管部務的；這是人民委員會與前述法瑞

兩制都不盡同的。依着一九一八年憲法的條文，人民委員會的會員總共十七人；各人都是一個部長；該憲既未明白設置不兼部務的會員，亦未明白設置什麼會長或副會長。但實際上人民委員會卻是自始卽有一個會長與兩個副會長的，（在列寧執政期內會長便是列寧。）而會長便是會中唯一不兼部務的分子。㈧ 一九二四年的憲法明白規定人民委員會的會員總共十二人，就中除了會長一人及副會長一人未兼部務而外，其他十人亦各是一個兼管部務的會員。至於會長的地位，在憲文上亦並沒享有任何特權，所以人民委員會制，在形式上確也是一個純正的合議制；在列寧期內會長的權力誠然十分優越；然而那也不過是一種事實的道義的權力。第二，人民委員會的分子，都是沒有一定任期的；這是與前述各種行政合議制都不相同的。一九一八與一九二四年的蘇俄憲法，俱沒有規定人民委員會的任期及其免職的手續，而僅承認這個委員會應對全俄中央執行委員會負

註㈧ Ladia Bach, Le Droit et les Institutions de la Russie Soviétique(1923)第45-46頁。

責。負責云云是否便如一般行用責任內閣制的國家之習慣所示，凡遇着全俄中央執行委員會對於人民委員會的全體或個人表示不信任的時候，這個委員會的全體或個人就得去職，卻是一個不甚明瞭的事實問題。 但是負責云云究作何解，雖然尚屬疑問，而全俄中央執行委員會可以解免他們的職務，卻是沒有疑問的；他們的任期雖未經憲文規定，而依過去的事實，每屆全俄蘇維埃大會集會後新全俄中央執行委員會成立之時，該委員會莫不舉行人民委員會之新選舉。㊈ 所以人民委員會的委員，也可以說是約略有一個任期；不過他們的任期也許與瑞士聯邦委員會委員的任期不同；因爲他們就是在他們的任期以內也許還可因爲他們的政策不見容於全俄中央執行委員會而須解職。

凡上所述，都只是諸種行政合議制中行政機關自身的組織問題；至於在行政合議制之下，行政機關與立法機關的關係何若，則當於論述列國行政機關之職權

註㊈ Ladia Bach 前書第 45 頁。

時說明之。

第二目　行政元首與國務員

除卻採用行政合議制之國家而外，列國最高行政機關之構成分子，為行政元首與國務員。以下便論述列國行政元首之產生與任期；列國行政元首與國務員之關係；列國國務會議之性質；以及列國國務總理與國務員之關係；並略述吾國所曾採行之制度。

第一款　行政元首

一　行政元首的產生　列國行政元首產生的方法，總括言之，不外兩種形式。一為世襲；一為選舉。

君主國家之元首，皆出於世襲。實際上君主制之異於共和制，亦只在這一點；至於政治上之其他組織，一切君主國家初不必與一切共和國家有何根本歧異。世襲之制在理論上自然尋不出充分的根據。歷來擁護君主制度的理論，大都偏

於神祕;神權說卽其一例。其在今日,卽在君主制度甚形鞏固的國家(例如英國),論者亦皆拋棄傳說上的神祕學說,而僅從實際的事理上為君主制度求得幾個根據。他們認君主制度之優於共和,大致不外兩層理由:一則以為君主制度可使元首能以其長期的政治經驗,糾正國務員之過失。他們以為共和國家的元首,任期是有限的(實際上共和國家的元首雖不出於世襲卻亦有任期終身的)君主國家的元首,任期是終身的;具有終身任期的元首,於充任元首若干年期以後,尙得以其政治經驗,匡救未來國務員之過失;任期有限之元首則往往因不獲繼續當選不克如此。英格蘭女皇維多利亞在位至六十餘年之久;莅位二三十年後,往往能本其成熟的政治經驗,匡救國務人員之失;英人對於君主制度之信仰始終甚堅,未始不由於此。一則以為世襲之制可以免除選舉之紛擾。元首之產生如出自選舉,則無論為民選或議會選舉,在選舉舉行以前因各方希冀當選者之競爭,總不免有多少紛擾。其在美國,則每舉行總統選舉一次,選舉前各政黨間激劇的選舉

運動，嘗互數月之久；社會各方面亦往往因是而呈杌隉不安之象。 至於此種選舉之耗損公私費用尤其餘事。

但是世襲之制雖亦可如以上所述不無多少利益，然此制卻不能保障必得相當賢智之人才。 此層危險殆足以抵消君主制度之一切功用而有餘。 實則君主之制，在現代英意比等自由國家尚能保持不敗者，一半還是因為他們的君主都只是一個虛名元首的緣故；都只是一個『統而不治』的元首的緣故。

共和國之元首，俱出自選舉，然選舉的方法，亦尚可分為兩類；一為人民選舉；一為議會選舉：

人民選舉，亦尚有直接選舉與間接選舉兩種形式。 直接選舉之制，求諸過去史實，則法蘭西一八四八年二次共和時期採用普選的及直接的形式，由人民選出路易拿破崙為總統，卽其一例；求諸現存的實例，則巴西現行憲法及德國一九一九年新憲法，對於總統之選舉亦俱採用直接民選之制。 間接選舉之制，行於美國；南

美諸邦如阿根廷智利等國亦有摹擬美制者，最近芬蘭憲法，亦已摹倣美制。 美制係令各邦先各選出若干『總統選舉人』(Presidential Electors)（其數額各與其本邦所應出之參衆兩院議員數額相等）次由『總統選舉人』投票選舉總統，以得票過半數者當選；如無得票過半數者，則由聯邦衆議院取得票最多者三人而決選之，以得票過半數者當選（斯時計算票數，則以各邦爲一單位，各邦所選舉之人，由參衆兩院中各該邦議員多數決定之；）如仍無過半數者則以副總統充當總統（副總統之選舉方法及選舉人與總統同）。 本來美國聯邦憲法僅規定總統應由各邦所選定之『總統選舉人』選舉（該憲第二章第一節第二款），並未限定此種『總統選舉人』應由各邦人民選出；但實際上各邦法律俱係令『總統選舉人』由各邦人民選出而絕無令其他團體（例如邦議會）行使此種選舉權者；所以美制實際上是一種人民間接選舉制；不過遇着『總統選舉人』所投選票過於分裂的時候，便以決選之權付諸聯邦議會耳。

主張總統應出自民選而不應出自議會選舉者，往往援引三權分立之原則，為其主要的論據，意以為在三權分立的原則之下，行政機關之元首，應不由立法機關產生，而應與立法機關同出自選民團體。　實則此種見解，亦極有討論的餘地；因為三權分立的原則，究應實行到如何程度，已經是一個極可辯論的問題；就令此種原則有嚴格的採納之必要，而所謂三權分立，嚴格的講，亦只是欲令行政，立法，司法三種職權，由三種不同的，而且能獨立行使其職權的機關去行使，至於各個機關之如何產生，亦不見得有一成不易之定則可言。　然論者於此又或以為行政元首如由議會產生，至少在實際上必難與議會對抗，因為議會出自民選，而元首則缺乏民選資格之故。　此種情形，誠屬難免；所以我們的目的如果在設置一個強有力的行政機關，以牽制議會，則採用民選總統制，誠亦有相當之理由。　但是民選的行政元首，一面雖足增加行政機關實際的獨立，一面卻亦極易釀成行政專制；路易拿破崙挾其民選總統之資格以毀破共和，建般帝制，卽足曉示我們以民選制之危險。　復次，

民選制與議會選舉制相較，民選制恐亦比較的難以產生適當之人才；因為行政元首這個位置所需要的特殊能力，以及競爭當選人中孰具有此種能力，往往非具有特殊判斷能力之人不能判斷；以普通選民與議會較，選民之判斷力自然較低。美制之採用間接民選而不採用直接民選，半亦以此；然美雖採用間接選舉，實際上仍只等於直接選舉；因為美國自政黨組織完固而後，總統選舉實際上完全決之於初選；『總統選舉人』於其當選為『總統選舉人』之時，俱已向各選民及政黨明白承諾投選何人為總統；及至他們正式舉行總統選舉時，俱不過履行元來之承諾而已。㊉ 以故美雖採行間接選舉，初亦未能實現其所預期之效益。 且民選之制，無論間接直接尚有其他流弊；如選舉前全國之大紛擾，與選舉舞弊之事實難於防杜，等等皆是。 舞弊之事，在法治修明之國雖或可以減免；紛擾現象，則斷所難免；美國每屆總統改選之年，全國各方面於選舉之前，亦嘗有四個月時間的激劇競爭。

註㊉ Bryce, 前書 Chap. 77

除卻美國及中南美諸邦而外，議會選舉是比較普通的方法。法國現制亦係採用議會選舉制；總統之產生由議會上下兩院開聯合會選舉之，以得票過半數者當選。此種聯合選舉手續，自然使議會中之下院較佔便宜，因為下院人數遠過於上院之故；但法國下院為直接民選機關，而上院則為間接民選機關，故雖兩院之選舉權不甚平等，在理論上亦說得過去。以故他國憲法之採用議會選舉制者，亦率採兩院聯合選舉之制；如最近波蘭憲法，及捷克憲法是。

選舉之制，除卻上述人民選舉與議會選舉諸制而外，自然尚可有他種形式；即如吾國袁世凱時代所頒布之修正大總統選舉法（民國三年十二月二十九日公布）規定每屆總統之選舉應由現任總統推選三人，由參政院（一種行政諮議機關，由總統任命之人員組織而成）及立法院決選，亦即一種畸形的選舉制度。

吾國元年臨時約法亦採議會選舉之制。該約法第二十九條規定『臨時大總統，副總統，由參議院選舉之，以總員四分三以上之出席，得票滿投票總數三分二

以上者爲當選。』　該法規定三分二之多數，無非欲令充任總統之人，出自議會中極大多數人之推崇，不只爲一黨一派之首領。　此層用意亦誠適當；惟法定當選票額既如是其高，事實上亦或竟使總統不能產生，約法對於此種困難，卻不曾設定任何變通的手續。　復次約法對於選舉時之應否適用祕密投票法，亦未規定。

民國二年十月，因袁政府威逼國會，主張先選正式總統，後定正式憲法，國會乃將憲法中關於總統選舉，任期，及缺職諸問題，先行議定，於二年十月五日以單行法公布之；名爲大總統選舉法（袁氏卽於同年十月六日依該法被選爲正式總統。）民國十二年中華民國憲法第七章中關於大總統副總統的選舉，任期，缺職諸問題之規定，亦卽全依該法之所定。　該法關於總統及副總統選舉之規定如次：

(甲)總統資格　中華民國人民年滿四十歲以上，享有公權，住居國內滿十年以上者，得被選爲總統，及副總統。

(乙)總統選舉　大總統由國會兩院議員組織總統選舉會選舉之；此項選

舉，以選舉人總數三分之二以上之列席，用無記名投票行之，以得票滿投票人數四分之三者當選。但兩次投票無人當選時，就第二次得票較多者二名決選，以得票過投票人數之半者當選。

大總統任滿前三個月，國會自行集會，行次任大總統之選舉。

副總統之選舉，依選舉大總統之規定，與大總統之選舉同時行之；但副總統缺位時，亦應補選。

二　行政元首的任期　列國行政元首之任期，至不一律。君主國家之元首，任期自屬終身；即共和國家，亦有對於行政元首設爲終身任期者：拿破崙一世於其稱帝以前，便是一個終身任期的行政元首。袁世凱稱帝以前所頒布之修正大總統選舉法，一面雖僅定總統之任期爲十年，一面復承認總統得無限制的連任，而且每屆總統改選之年，參政院參政如『認爲政治上有必要時』，尙得逕令現任大總統繼續連任，不舉行改選手續。此種規定，實際上也就是爲袁氏謀一個終身任期。

終身任期之制不特君主制度之奧味太重，實際上亦極易授行政元首以固位專權之柄，其無足取，無俟深論。在一般共和國家，元首之任期卻俱甚短，通例不過三四年（例如美與總統之任期俱四年）；甚至有縮短至一二年者（例如瑞士總統之任期爲一年；美國諸邦邦長之任期亦往往只是一年或兩年。）然任期過短，則行政元首往往甫獲相當之行政經驗而任期已屆，亦殊非良制；且選舉頻繁，紛擾殊甚。其在採行責任內閣制之國，元首之權力既小，尤無設爲如斯短促任期之必要。以是法德等國總統之任期乃有長至七年者。吾國臨時約法未規定總統任期，（該法係臨時性質，所規定者只是『臨時大總統』之問題；故未及總統任期。）民國二年十月五日大總統選舉法及十二年十月十日中華民國憲法俱定總統之任期爲五年，副總統則不問係於何時產生，其任期俱以至本任大總統任滿之日爲止。

復次，總統任滿之後，應否許其繼續當選，在理論上固頗難確定，求諸實例，列國憲法亦有諸種不同的解決。承認總統之得以繼續當選，在理論上可以說是有兩

種最著的功用：　一則行政元首之任務，無論在什麼國家，都不是一種簡單的任務，充任之人倘未滿若干時期，頗難勝任愉快；倘承認繼續當選之制，便可使曾任此種職務之人，倘得於次任時本其前任之經驗，以裨補行政。　一則繼續當選之制，可使充任總統之人，於其任期之內，不能不重視民意；因不如此，則彼之繼續當選，或歸絕望。　然在他一方面講，繼續當選之制，亦大可使充任元首之人，堅其固權保位之思；甚或憑藉其現有之政治勢力，於總統改選之時，爲種種不正當之選舉競爭。　以是列國憲法對於元首繼續當選問題之規定，彼此雖不甚一致，要亦大都設有相當限制：　有禁止曾充行政元首之人，於一定年限內，不能享有當選資格者；如法國一八四八年憲法，規定總統須於解職五年以後始能重行當選，即其一例；瑞士聯邦總統，亦須於解職一年以後始能重行當選。　有禁止連任至一次以上者：奧國一九二〇年憲法，一面雖承認一人得充任總統至任何次數，一面卻亦限定任何人俱只能連任一次，即其一例（捷克一九二〇年憲法之規定亦同。）　民國二年大總統選舉

法及十二年中華民國憲法亦限定總統只能連任一次。　其他諸國憲法，雖或對於繼續當選問題，不曾明定任何限制，而依其憲法習慣卻亦往往仍有限制存在。　例如美憲雖未明定總統能否繼續當選，然自華盛頓於其第二任總統期滿之時宣言不爲第三任總統以後，美國憲法習慣，亦已不容任何人充任三次總統。

三　行政元首的缺職　共和國家之元首，如於任滿以前，因死亡，廢疾，等故而辭職，或因受彈劾而缺位，或因疾病與因公出國等事而暫時缺席，其職務將由何人或何種機關暫代行使？　求諸列國實例，有次之諸種解決：　或則設置副總統，以副總統執行此種職務，（例如美國）。　或則以議會議長暫時行使此種職務（美國在一八八六年以前，其聯邦法律規定凡値正副總統俱已缺職之時，便以參議院主席代行總統職務；參議院主席如亦缺職，便以衆議院議長代行此種職務）。　或則以國務總理或國務員全體代行此種職務（德與新憲法俱以國務總理代理；法國憲法則以國務員全體代理）。　在採用總統民選制之國，副總統之設立，事實上

容有必要；因爲改選總統之手續非常繁重之故；在行議會選舉制之國，選擧之手續較爲簡單，則卽不設副總統，事實上亦或無甚障礙；且副總統之設置，常足誘致政治上之種種陰謀。以故法德與諸國俱不設置副總統。議長代理之制，亦有一種流弊；卽議會議長之政見如與缺職總統之政見，立於相反地位時，則卽在短促的代理期限內，亦或不免發生重大的政治變動；所以美國自一八八六年以後，亦不復承認議會議長得於正副總統俱已缺職時代行總統職務，而改以國務卿 (Secretary of State) 代行此種職務。以故折衷以上諸制，似仍以由國務總理或國務員全體代理之制，爲較適當。吾國民國二年大總統選擧法（十二年中華民國憲法亦同）係兼採副總統代理制及國務員全體代理制，其規定如次：

大總統缺位時，由副總統繼任，至本任大總統任滿之日爲止。

大總統因故不能執行職務時，以副總統代理之。副總統同時缺位時，由國務院攝行其職務；同時國會議員於三個月內自行集會，行次任大總統之選

舉。

大總統應於任滿之日解職，如屆期次任大總統未選出，或選出後尚未就職，次任副總統亦不能代理時，由國務院攝行其職務。

茲所謂『因故不能執行其職務，』自然包含疾病等故障而言。 行政元首如果有廢疾或其他長期疾病，勢不能不使之暫時停職，甚或完全解職。 在此種場合之下，元首如自行辭職或請假，自無問題。 假使元首本人不自辭職或請假，甚或因犯精神病症而不及履行此種手續，則將由何種機關決定其應否停職或解職？ 民國二年大總統選舉法及十二年中華民國憲法對於此點，俱未及規定。 他國憲法有規定可由國務會議決定者；⑪亦有規定應由議會以法律決定者。⑫

註⑪ 捷克一九二〇年憲法第六一條規定『凡值總統疾病行將延長至六個月期間以上，則經由國務員四分三之決議，便應由議會兩院聯合會選定副總統一人，於總統缺職期內攝行其職務。』

註⑫ 依照德國一九一九年憲法之規定，總統缺職通常係以國務總理代理；但總統如有長期疾病，則以議會法律決定代理方法。

第二款　元首與國務員的關係

就元首與國務員之關係而言，學理上通常區分列國制度爲兩類：一爲總統制，一爲責任內閣制。嚴格說來，列國政制亦實尚有不能擬於通常之所謂總統制或責任內閣制，而實介乎此兩制之間者。以次所述，便僅取通常所指之總統制與責任內閣制而說明其性質。惟是總統制與責任內閣制之互異，含有兩方面；一方面的差異，在於元首與國務員之關係上，他方面的差異在行政機關與立法機關的關係上；本款所論係以前一方面的差異爲限；第二方面的差異，當於本章第二節詳之。

一　總統制　總統制係令行政機關的職權，集中於行政元首的一種制度；換言之，卽一種純粹的行政獨裁制。在這種制度之下，國務員不是對於議會或其他機關負責之人，而只是對元首負責之人；國務員之進退，係以元首之信任與不信任爲轉移，而不以其他機關之信任或不信任爲轉移。採行此種制度的國家，亦有明

定元首之一切命令，須經國務員副署者，然國務員之進退既操諸元首，則此種副署，實際上，亦初不能拘束元首之意志至一定程度以上。

總統制這個名詞，在形式上說，雖似只能存立於共和國家，實則君主國家之元首，如類於上述總統制中之元首，論者亦往往稱之為總統制。 以是美國的行政組織與舊德意志帝國的行政組織，各得視為總統制之一個實例。

美制於總統之下，設置若干國務員，各司一部。 這些國務員是經由總統任命的；總統任命國務員，依憲法所定雖須經由議會中上議院(Senate)之同意，然在習慣上上議院亦幾從不拒絕同意。 這些國務員是對總統負責而不對議會負責的；他們如不得總統之信任，總統可以自由解其職；議會除對於他們犯罪行為，得依彈劾手續使之去職外，對於他們政策上之失當，初不能使之去職。 就是總統之命令或其他文告，在法律上及在習慣上亦初不必經由國務員之副署。㊄ 國務員通常

註㊄ 林肯總統解放黑奴之文告，亦不會經國務員副署 (Bryce 前書 Chap. IX)。

雖亦每星期集會一兩次，然他們對於所主管之部務仍大都須各自對總統負責，而無所謂聯帶負責。諸國務員中雖亦有一人地位較其他國務員稍形優越（卽主管外務事宜之國務卿，稱為 Secretary of State），然其受總統之支配亦與其他國務員同，其他國務員之進退並不受彼之支配。所以這個主管外務事宜的國務卿，亦不能說是一個國務總理。

舊德意志帝國（一八七一——一九一八）之中央行政組織，亦係以行政權集中於元首。元首之下，置一首相，元首之一切命令依憲法須經首相之副署，然首相亦只是對元首負責而非對議會負責的；他是完全由德皇自由任免的。首相之外，亦尙設有若干國務員主管各部事務，然這些國務員俱只是代理首相執行各部事務之人，俱是受首相指揮監督之官吏；他們的職務俱可由首相干涉或親自處理；所以首相與這些國務員幷不立於平等地位。此卽德制異於美制之一點。至於最高行政權之操諸元首，固仍爲美德二制之所同。

吾國辛亥十月臨時政府組織大綱所規定之行政組織，亦可說是一種總統制，因爲該法並未規定總統之行爲須受國務員（該組織大綱稱爲部長）之限制，亦未規定國務員應對議會負責（該組織大綱僅規定各部部長之任命須得參議院同意，而於各部部長解職問題則無規定；在行責任內閣制之國，議會之所以限制行政機關者，不僅在能操縱國務員之任用，尤在能强迫國務員之解職）。民國三年袁氏所頒布之中華民國約法亦係採用總統制；該法所設置之『國務卿』及各部部長，俱由總統自由任免，不依立法機關之信任或不信任而進退。

二 責任內閣制

責任內閣制 (Responsible government) 亦稱議會內閣制 (Parliamentary government)。此制肇始於英國，然英國責任內閣制之完全成熟，亦只是十九世紀上半期的事。今則法比意等國以及英屬自治殖民地，亦皆仿行此制。就元首與國務員的關係而言，責任內閣制可以說是含有四個條件：即一、元首不負責任；二、國務員對議會負責；三、元首之命令及其他行爲須經國務員同意；

四、在原則上，元首必須容納內閣政策。　茲依列國實例說明這四個條件的內容：

第一、元首不負責任。　在責任內閣制之下，元首對於他的行爲，是不負法律責任的。　不負責任云云，即任何法庭或其他機關，不得對於元首的違法行爲或失當行爲施以任何法律制裁之謂。　在採用責任內閣制之君主國家，元首之不負責任，直包括元首之私人行爲或公共行爲而言：英國憲法的習慣，有所謂『國王不能爲非』（The King can do no wrong）之原則。　這個原則，依着英人的解釋，即指國王對於彼之私人行爲與公共行爲俱不負責之意；蓋國王的公共行爲（如頒布命令等）率須預徵國務員同意，由國務員副署，始發生法律効力；未經副署者法律上既無効力可言，亦遂無責任問題可言；既有副署，則負責任之人便爲國務員而非元首；若元首不徵國務員同意而有任何違法行爲（譬如元首私自殺人），便即一種私人行爲；對於此種行爲，國務員雖不負責，而在英國法律之下，卻亦無任何法庭或其

他機關得施元首以任何處分。㊃　但在共和國家，元首之人身初非如君主國元首之神聖不可侵犯；以是共和國家卽令採用責任內閣制，元首亦非毫不受法律制裁之人；除關於政策上失當之行爲，仍一概由國務員負責外，至於違法行爲，——尤其是破壞憲法或謀叛等行爲——元首卻不盡能逃脫議會彈劾權或法庭司法權之制裁；特何種違法行爲元首本人便須受法庭或議會之制裁，共和國家憲法之所規定，亦不甚一致耳。　蓋元首之地位最崇，易受他人暗算與攻擊，而元首所處地位又極不宜頻頻搖動，以是雖在共和諸國，元首的違法行爲，亦非俱受議會或法庭之制裁，而多少享有些特殊保障；保障之程度如何，列國卻不完全一致。

吾國臨時約法原亦係採用責任內閣制；該法第四十四條『國務員輔佐臨時大總統，負其責任，』亦係聲明元首不自負責之意。民國十二年中華民國憲法第

註㊃　Sidney Low, Governance of England (1914) 第 261 頁；Lowell, Government of England (1914), Vol. I Chap. II.

九十五條亦有『國務員贊襄大總統，對於衆議院負責任』之規定。依據臨時約法及民國十二年中華民國憲法，元首本人，惟對於謀叛行爲，須向議會負責，而受其彈劾。元首之其他違法行爲，依民國十二年中華民國憲法第九十條『大總統除叛逆罪，非解職後，不受刑事上之研究』之規定，便非解職以後，普通法庭亦不能過問。

第二、國務員對議會負責。在責任內閣制之下，國務員之進退，須以議會之信任或不信任爲標準；國務員負責云云，亦係指對議會代負元首責任而言。誠然，在採用責任內閣制諸國，任用國務員之權，在形式上亦屬諸元首（通例並不由元首提經議會通過），實際上則元首所任用之國務員，卻不能不以能得議會多數信任者爲限（英法等國，每値內閣改組時，元首率以議會多數黨之首領爲國務總理；其他國務員卽由國務總理薦諸元首任用；）對於國務員之免職權，在形式上亦由元首行使；實際上凡經議會對於國務員全體或特殊國務員，依不信任投票，彈劾，或其

他方式（例如否決內閣所主張之法律案或預算案）表示不信任之後，元首亦不能不解免國務員全體或特殊國務員之職（德國一九一九年新憲法且已以明文規定，凡國務員於經議會通過不信任之決議後應即解職。） 誠然，採用責任內閣制之諸國，亦大都授行政機關以解散議會之權；果爾，則議會不信任內閣之時，內閣亦尙得以解散議會之手段相對抗，而不必遽出於辭職之一途；然新議會召集之後，新議會如仍不能信任內閣，內閣便亦惟有辭職之一法。

國務員對議會負責云云，在一般行責任內閣制之國，亦尙有『聯帶負責』與『個人負責』之分： 對於內閣全體所決定之政策，國務員全體應對議會負聯帶責任；如此種政策不得議會信任，內閣之辭職便須爲全體的辭職。 至於國務員之行爲如爲一種個人行爲而無關內閣政策，則仍由當事之國務員個人負責；如國務員因此種行爲而不得議會之信任，其結果亦祇以該國務員個人解職爲限。 凡此俱爲採用責任內閣制諸國之通例；法德等國現行憲法，且有明文爲之規定。 但實

際上，英法等國，聯帶負責之原則，適用之範圍極廣；國務員之行爲，除極端重大過失或犯罪行爲而外，幾無不爲聯帶負責之原則所支配。

復次，在一般行責任內閣制之國，國務員之對議會負責，實亦僅對議會中之下議院負責；換言之，卽國務員之進退僅以下議院之信任或不信任爲準。英意比諸國，莫不如此。法國憲法雖明定國務員須對議會兩院負責，然法國一部分憲法學者卻仍認法國內閣應只隨下院之信任或不信任而進退。至於列國國務員祇對一院而不對兩院負責之原因，扼要言之不外兩層：一則因許多採用責任內閣制之國，議會中之上院往往不足語於代表民意之列（例如英意）；其能代表民意者惟有下院。一則因國務員如果須對兩院負責，則凡遇上下兩院意見未能一致之時，國務員將無所適從，結果必至內閣不能有一定之政策；而且常呈搖動之狀態。

臨時約法僅規定『國務員輔佐臨時大總統負其責任，』而未聲明國務員應對議會負總統之責任，說者遂亦不免有疑臨時約法所採爲總統制者；意謂此種規

定，係指國務員對總統負責而言。就當時造法諸人的本意而言，約法所採爲責任內閣制，殆不容否認；然因當時造法諸人對於責任內閣制之內容，未及給以充分的考慮（該法將彈劾與不信任投票兩事混同，及該法關於行政元首要求議會覆議法律權之規定等，俱足表現造法諸人對於責任內閣制缺乏充分的考慮或理解，[15]遂使造法者之本意，不甚明瞭。民國十二年中華民國憲法則已明白規定『國務員贊襄大總統，對於眾議院負責任。』依該憲法第九十四條之規定，國務總理之任用，且須正式經由眾議院之同意。依該憲第六十二條及第八十九條之規定，亦惟眾議院能對國務員投不信任票；國務員如受眾議院不信任之決議，大總統非免國務員之職，便須解散眾議院。

第三，元首之命令及其他行爲須經國務員同意。在一切採用責任內閣制的

註[15] 參看本編第一章第三節論議會彈劾與不信任投票權及本章次節論行政機關之要求議會覆議權。

國家，元首所須布的命令，以及其他可以發生法律效力的文書（例如元首致達議會之文件）俱須一個或數個國務員之副署。此項條件，可使元首不能違反國務員之意見而行使任何職權。此項條件，足爲國務員代負元首責任所必要之條件。此項條件適用於一切命令，以及一切可以發生法律效力之文書。其在英國，元首之文書或行爲，就令在法律上不能發生效力，亦須由國務員干預；例如元首與外國元首或外國使者之酬應函電，往來俱須經過國務員之手，元首之接見他國外交代表，必須由國務員參列，等等皆是。㊀ 蓋此類文書或行爲，雖不能發生任何法律效力，實際上卻亦可有重大影響；元首既立於不負責任之地位，遂不能不受國務員之干預。

民國元年臨時約法第四十五條設有『國務員於臨時大總統提出法律案，公布法律，及發布命令時，須副署之』之規定。民國十二年中華民國憲法第九十五

註㊀ Lowell, 前書 Vol. I. Chap. II.

條亦有『大總統所發命令及其他關係國務之文書，非經國務員之副署，不生效力；但任免國務總理不在此限』之規定。此項但書之規定，意在防杜國務總理對於本人免職令及任命繼任總理令拒絕副署；其在法國，則卽此項任免令亦須由現任國務總理或繼任國務總理副署（依照法國憲法習慣，凡値內閣改組之時，現內閣的免職令，及繼任內閣的任命令，係由現內閣副署；但論者亦以爲現內閣如拒絕副署，該項命令亦得由繼任國務總理副署。）

第四，元首必須容納內閣政策。在行責任內閣制的國家，國務員不獨消極的可以行使其拒絕副署權，以制止他們所不贊同之任何政策；抑且積極的可使元首不能不容納內閣所決定之政策。蓋元首既立於不負責任之地位，一方面固應得內閣之同意始能行使任何職權，一方面亦不應因內閣主張之不愜己意而拒絕執行之。這個條件，在行責任內閣制之國雖亦不無例外（例如依照英國憲法，內閣

如主張解散議會，國王亦能審度情狀而拒絕執行其主張）㊆然其成為責任內閣制之原則，則無可否認。

以上所述，只是就行政元首與國務員的關係上，解釋總統制與責任內閣制之差別，至於此兩制之利弊，則當於本章第二節第一目論述行政機關與議會之關係時言之。

第三款　國務會議

在採用總統制之國，雖亦不無國務會議（或稱內閣會議，）然國務員既俱係對元首負責之人而無所謂聯帶責任，而行政機關全體之政策，最終又皆決諸元首，則國務會議之存在，不過謀國務員彼此行政上之便利而已，其位置初不十分重要。

註㊆　但英自一七九四年威廉皮詡 William Pitt 氏首倡內閣得以解散議會之手段訴諸選民之原則，而後國王亦從未拒絕內閣之主張；惟在英屬自治殖民地，則行政首長 (Governor-General) 頗有拒絕其內閣此種主張之事 (Lowell, 前書 Vol. I. Chap. II.)。

然在行用責任內閣制之諸國，國務會議不特爲重要的機關，抑且爲必要的機關：一則爲謀國務員全體對元首或對議會能取一致之行動與態度，爲謀國務員間政策之一貫，勢不能不有一個國務員共同商議之機關。一則爲使各個國務員對於任何其他國務員之政策負聯帶責任，勢不能不使任何國務員對於任何其他國務員之政策，有互相了解互相磋商之機會。茲依採行責任內閣制諸國之實例說明國務會議的性質。

一 國務會議的組成

列國國務會議，大都由國務員全體構成之，如法制是：法國之所謂國務員，以中央各部長爲限（但近不無例外）。然亦有國務會議不包含全體國務員，而其所謂國務員亦不必盡係主管部務之人者，如英制是。英制國務員（Minister）中亦有不兼管部務者（國務總理通常亦卽爲不兼部務之人）；而凡構成內閣之國務員亦不盡能列席國務會議。以是英國國務員中乃有閣員（Cabinet Minister）與非閣員之別。蓋英國國務員之人數甚鉅，故僅令一部分國

務員爲閣員，俾獲列席國務會議。然閣員數額仍往往在十數人以上。至於主管何部之國務員便能列席國務會議亦初無一定，而隨每次內閣而異。歐戰期內，爲增加政權集中之程度與政策決定之敏速起見，英國並曾於普通國務會議之外，另由極少數兼管部務與不兼部務之國務員數人組織一個小國務會議（卽當時通稱爲 Inner Cabinet 者是）以決定戰時之重大政策。

吾國臨時約法有國務院之名稱而未規定所謂國務會議。國務院亦僅爲約法第五章之命題，國務院由何種分子構成，亦未經該章中任何條文明白聲明；該章條文中僅稱『國務總理及各部總長均稱爲國務員』。此種規定，蓋顯係默認國務員全體俱爲構成國務會議及國務院之分子。因是，元年國務院官制乃明白規定國務院由國務總理及各部總長組織。民國十二年中華民國憲法第九二及九三條之規定亦然。

二 國務會議與元首 在總統制之下，元首之列席國務會議自無問題；因元

首本人便係負擔行政機關政策的責任之人。 在採用責任內閣制諸國，元首之能否列席國務會議，在理論上固有討論的餘地；在事實上列國制度亦頗不一律： 有不令元首列席於任何國務會議者。 英制凡國務會議便俱以國務總理為主席，而毫不令元首參加；內閣與元首間之意見或消息之溝通，通例並只以國務總理個人居間為之。 有認元首得入席國務會議，然不能參加表決者；如德國現制是（德國現行憲法亦初未明認元首得列席國務會議，然實際情形，似係如此。）㊅ 有將國務會議區為兩種，其一由元首主席，其他則不令元首列席者，如法制是。 法制，國務會議實際上區為兩種： 其一稱為『國務員會議』(Conseil des Ministres)，元首，

註㊅ 德國憲法僅明認國務總理為國務會議主席，並明認國務總理於國務會議贊否票數相等時有表決權；初未規定元首能否列席之問題；但論者則認元首能列席而不能投票；元首列席時並以元首為主席。 參看一九一九年德憲第五七及五八條及 Oppenheimer, The Constitution of the German Republic (1923)，第100頁。

國務總理，及其他國務員俱列席，並以元首爲主席。 國務員會議所能討議之事件亦初無一定範圍，但有若干種事件則已經憲法及法律明定爲必須提交『國務員會議』討議之事件；元首對於此項會議，雖能出席，在習慣上及法國學者的解釋上，亦似不能參加其表決。 其一稱爲『內閣會議』(Consiel du Cabinet)由國務總理及國務員組成之，以國務總理爲主席，而元首不列席；此項會議所討議之事件亦無一定範圍但一切重要事項通例似皆預經此項會議然後提出『國務員會議』㊄。

英制不令元首參加任何國務會議，可使各國務員不易受君主勢力之壓迫；可使內閣對於君主形成一致；可使君主僅能於內閣政策決定以後表示意見。 凡此俱足以減少元首實際的勢力。 在責任內閣制之下，元首對於內閣政策既爲不負責任之人，則英制之設定此種限制固亦不得認爲過嚴；就令元首得以列席國務會議，亦當如德法等制，不令元首參加內閣政策之表決。

註㊄ 以上看 Esmein, 前書 t. II. 第 221–236 頁。

民國元年臨時約法及民國十二年中華民國憲法俱未規定元首能否列席國務會議之問題；亦且俱無國務會議之名詞。 元年國務院官制亦僅有國務會議以國務總理爲議長之規定。 民國十一年黎元洪復任總統時代，曾有元首列席國務會議之事；嗣因引起外間評論，黎氏遂亦中止出席。

三 國務會議的職權 國務會議存立之一個重要理由，在謀行政機關及部分政策之一貫。 以是英法等國凡關係全內閣政策之事件，或涉及數部之事務，例須提經國務會議議決；然國務會議之職權亦初無明文爲具體的規定；即法制亦不過對於若干種特殊事件曾經憲法或法律明定須提交『國務員會議』討議；實際上提交此項會議之事件初不以曾經如斯明白規定者爲限。 德國一九一九年憲法則明定國務會議之職權，涉及（一）各種法律草案（二）各部部長爭執事件，以及（三）其他經由憲法或法律規定必須提交國務會議之事件（該憲第五十七條。）

民國元年臨時約法及民國十二年中華民國憲法亦無關於此項問題之規定。

元年國務院官制則明定左列事件之議決爲國務會議之職權：

一、法律案及敎令案；

二、預算案及決算案；

三、預算外之支出；

四、軍隊之編製；

五、條約案；

六、宣戰講和事件；

七、簡任官之進退；

八、各部權限之爭議；

九、依法令應經國務會議事項；

十、議會咨送人民請願案

十一、國務總理或各部部長認爲應經國務會議事項。

第四款　國務總理與國務員

在行總統制的國家，各國務員在法律上往往立於平等地位，初無統屬關係，初無所謂國務總理；如美國制是，（美國雖亦有一個 Sercetary of State，普通譯爲國務卿或國務總理，然其法律上之地位仍與其他國務員同。）然舊德意志帝國之政制，雖亦係一種總統制，而元首以下之首相，其地位卻立於其他國務員之上，而有支配其他一切國務員之能力（見前。）在行責任內閣制之諸國，國務總理，在法律上亦往往不具有任何特權，而只與國務員平等，但求諸實際，國務總理實立於優越之地位，凡國務員之任用，既皆出自國務總理之推薦；國務總理並得要求元首解免任何國務員之職。此皆英法等國之通例。德國一九一九年憲法且將元首應依國務總理之要求，解免國務員的職務之條件，明定於憲文之內，此外並明認內閣之大政方針，應由國務總理一人決定（該憲第五三及五六條）此種規定，論

者以為不僅是採取英法諸國實況著為明文，並已取英法等國實況而變本加厲。民國元年臨時約法及中華民國憲法，亦未明定國務總理對於其他國務員——國務總理亦係國務員之一——享有任何特權。依照元年國務院官制，則國務總理在法律上卻享有次列諸特權：

一、充任國務會議議長；

二、對外代表國務院；

三、得以中止各部總長命令使其提交國務會議；

四、元首一切命令必須其副署（其他國務員有時不必副署。）

第二節　行政機關的職權

第一目　行政機關與立法機關的關係

從大體上說明列國行政機關職權之如何互異，我們首須解釋列國行政機關

對於立法機關的關係。 列國行政機關與立法機關的關係，詳細說來，自亦一國有一國的特點；但綜括地說，現今民治國家所採用的制度，卻不外次之三種制度：

一 瑞士制 此制的特點，在使行政機關不與議會分離，亦不與議會對抗。 凡採用行政合議制者，行政機關與立法機關的關係大率如此；如法國大革命時代之執政委員會制，及蘇俄之人民委員會制皆是(一) 初不限於瑞士。 即非採用行政合議制而其行政機關對於立法機關之關係亦有與此相類者，如一九二〇年奧國新憲法之所定，是。 茲姑僅就瑞士制言之。 瑞士的中央最高行政機關爲聯邦委員會(Bundesrat, Conseil Fédéral)。 聯邦委員會的委員都是由議會上下兩院開聯合會選舉出來的；這些委員雖不能參加議會的表決，卻可以隨時出席議會參加討論；他們可以提出法律案於議會，他們可以將他們的政策隨時提出議會討論。 凡此俱表示行政機關與議會不是分離的。 凡議會所決定的政策，他們都得服從，凡

註(一) 參看本章第一節第一目所述行政合議制之實例。

議會所通過的法律案，他們都得執行；他們對於議會所議決的法律是不能要求議會覆議的，他們更不能因與議會政見不合而解散議會。凡此俱表示行政機關是不能與議會對抗的。所以就職權上說，瑞士的行政機關，確是議會的一個『委員會』。

可是瑞士聯邦委員會的委員，是有一定任期的（三年；）在他的任期以內，聯邦委員會的委員卻不因他們的政見不獲受議會採納，而須去職；議會對於他們亦無所謂不信任投票。這也是瑞士制與英法等國責任內閣制不同的。

二　總統制　就行政機關與議會的關係言，此制的特點，在一面令行政機關與議會分離，一面復令行政機關與議會互相牽制。美爲首創斯制之國，茲姑僅就美制言之。美制含有兩個原則：一爲『三權分立』（Separation of Powers）的原則，一爲『制衡』（Checks and Balances）的原則。美國的行政權是集中於總統的，㈠然而總統係由人民選舉，而不由議會產生。總統之職權，於其憲法所定之範圍

以內，可由總統自由行使，而不須顧及議會之贊同或反對；總統及其國務員亦絕不因議會反對他們的政策而須去職；國務員是僅對總統負政治上責任的，總統亦僅對國民負政治上責任。 反之，總統及國務員俱是不能兼任議員的；俱是不能出席議會參加議會的討論或表決的。 總統或國務員並不能提出法律案或預算案於議會。 凡此俱表示行政機關與議會是互相分離的，凡此俱屬於三權分立的原則。但是行政機關雖與議會分離，行政機關的行政權，依憲法卻亦有須徵議會同意始能行使的；總統締結條約，便須預經上議院同意；總統任用國務員，法官，公使等官吏，亦須徵求上議院同意。 反之，議會的立法權依憲法亦受總統的一種重大限制；卽總統得對於議會所通過法律案，要求議會覆議；覆議時如議會中上下兩院無三分二以上之多數，贊成原案，原案卽歸失敗，是。 凡此俱足表示行政機關與議會之互相牽制；凡此俱卽美人之所謂『制衡』的原則。

註㈠ 參看本章第一節第二目第二款所述總統制。

除卻中南美諸邦而外，他國政制之類似總統制者，大都以元首與國務員間之關係爲限，至於行政機關與議會間的關係，則與上述總統制相去殊遠，如舊德意志帝國之政治組織，是。

三　責任內閣制　斯制之特點在令行政機關不與議會分離，而行政機關復能與議會互相對抗。英爲斯制發源之國，今之英法意比德等國以及英屬諸自治殖民地（坎拿大、澳大利亞、紐斯蘭、南非洲）大體上亦俱係仿行此制。英制，國務總理及一切國務員俱須爲議會中上院或下院之議員，俱得出席於其本院，參加其討論與表決（他國之採用責任內閣制者，關於此點，多與英制微異；元年臨時約法及民國十二年中華民國憲法亦然㊂）得以政府名義提出法律案於議會；預算案

註㊂　他國之採用責任內閣制者，國務員固得由議員兼任，然充任國務員者亦初不以議員爲限；其非兼任議員之國務員仍得出席議會陳述意見（或派人代表出席）；法德等國現制俱如此。臨時約法初未規定國務員必須由議員兼任，亦未規定議員能否兼任國務員；僅明定國務員

並且必須由政府提出國務總理及國務員，實際上且必須得議會下院多數之贊助。凡此俱表示行政機關與議會是不相分離的。 復次，內閣如不得下院多數之信任，便得以投不信任票，或拒絕政府所提出的財政案或法律案，而迫令內閣辭職；同時內閣如認為下院不能代表民意，亦得以解散下院之手段，訴諸選民，（下院解散，新選舉舉行之後，如內閣仍不得下院多數之信任，內閣自然只有辭職之一途。） 這些便是行政機關與議會互相對抗的方法（他國之採用責任內閣制者，關於解散議會問題之規定，亦不盡與英制相同，後當述及。） 這種不相分離而能互相對抗的制度，其目的也在謀行政機關的政策與議會政策之一致，所以責任內閣制，亦稱議會內閣制。

（包括國務總理）及其委員得出席議會並發言（第四十六條。）中華民國憲法則明白規定「兩院議員不得兼文武官吏」（第四十五條）；然亦承認「國務員得於兩院列席及發言；但為說明政府提案時得以委員代理」（第九十六條。）

惟是，凡採用責任內閣制的國家，所謂行政機關與議會不相分離，實際上只是內閣與議會不相分離；所謂行政機關與議會得互相抵抗，實際上只是內閣與議會得以互相對抗；元首個人初不因議會之不信任而去職；議會之解散，通常亦只是內閣所主張，而非元首所主張。 其令元首個人直接的與議會不相分離抑且直接的得與議會互相抵抗者，新舊之實例殊少，然亦非絕無其例；如法國一八七一至一八七五年時代之政制㊃與一九二〇年普魯士新憲法所採行之制度㊄，是。

註㊃　法國議會於一八七一年八月以法律承認狄耶(Thiers)氏爲總統，並明認總統應對議會負責（意卽總統須得議會信任始能繼續在職），且得兼任議會議員及參加議會的討論；但該項法律同時承認國務員亦須對議會負責。 所以該項法律所採納之制度，形式上爲元首及內閣同對議會負責之制。 自一八七三年狄氏被推翻，麥克莫康(MacMahon)氏當選爲總統，經議會授以七年任期以後，此制始稍變更。 一八七五年法國正式憲法（卽現行憲法）成立，始改採純粹的責任內閣制。 參看 Esmein, Droit Constitutionnel 1921, t. II. 第

吾國臨時約法本係採用責任內閣制，然因造法諸人對於責任內閣制缺欠充分之理解，遂有諸種形似總統制之規定；如該法將彈劾權與不信任投票混同，及該法關於總統要求議會覆議法律案之規定是。 民國十二年中華民國憲法於此俱有更改，而與一般之所謂責任內閣制趨於一致。

四 諸制之批評 在瑞士制之下，行政機關既須完全受議會支配而毫無對抗議會之能力，其流弊便在不能防杜議會多數之專制，不能遏止議會違反民意之一切行動。 但是瑞士是採用行政合議制的國家；在行政合議制之下，則行政機關之完全受議會支配，亦實有其邏輯上與實際上之理由。 邏輯上之理由是： 採用

7—19頁。

註㊄ 一九二〇年普魯士憲法，對於行政機關之組織，只設國務總理，此外別無所謂元首。 國務總理須由議會選舉，國務員則由國務總理任用。 國務總理與國務員俱須對議會負責。 此亦一種變形之責任內閣制（參看普憲第四五，四六及五七諸條。）

行政合議制之主要目的既在嚴酷的防止行政專制，則一面採用此制，一面復令行政機關能與議會對抗，在邏輯上便不免有幾分矛盾。實際上的理由，在使議會得爲行政合議機關諸分子間的仲裁人；在使議會得以其仲裁者之資格與權威而統一行政合議機關諸分子之意見而排除其衝突與傾軋。這一層理由，亦殊不容抹視。何則？在總統制之下，行政機關意見之不統一是可以免除的；因爲元首所處的地位是可以左右一切國務員的意見的，是可以行使進退國務員之權以統一行政機關的意見而增進行政機關諸分子間之合作的。在責任內閣制之下，國務總理對於國務員，亦約略具有與此相類似之權能；因之行政機關之統一與合作亦尙易維持。在行政合議制之下，因爲行政合議機關的分子，俱立於完全平等之地位，於是凡遇行政合議機關意見不能統一之時，自非該機關之外，別有一立乎其上之議會，能完全支配該機關的意見，能爲該機關之仲裁人，則其不統一之狀態便無可補救（瑞士聯邦委員會的委員，事實上亦當有意見分歧的現象；但是他們遇着意

見分歧的時候，凡對於聯邦委員會多數的決議不能贊同者，卻得向議會陳述其反對之意見；最後則雙方俱服從議會之決定，而爭議以息）。

總統制與責任內閣制本有兩方面的差別，前已說過。一方面的差別，在元首與國務員的關係上；他一方面的差別，在行政機關與議會的關係上。我們這裏不能分開來批評他；只能就此二制的大體上，述說次之幾種觀察：

第一，總統制既以行政機關之實權，集中於元首，爲保全民治主義之精神起見，至少應不適用於君主國家。反之，責任內閣制雖行於君主國家，實際上亦無妨於民治之精神；而英比意等國之採行此制，亦正爲斯制一方面能實現民治主義，一方面能保全其歷史上之君主制度，以及君主制之幾種利益。第二，總統制則雖在共和國家，亦可有兩種重大危險。一則因元首之地位極形重要，競爭元首之現象亦或甚劇，凡握有政治實力之人，甚或不惜從事於法外之競爭；一則政權集中於一人，行政機關較易流於專暴。反之，責任內閣制對於此兩種危險則俱可解免至適當

之程度。 然責任內閣制亦足使行政機關之政策，頻頻變易，陷於不固定之狀態；此爲歐洲大陸採行責任內閣制諸國（如法意等國）所習見之現象。 蓋行政機關之政策，既操諸內閣，而內閣復隨議會多數之意志而進退，則行政機關政策之能否固定，自然須看議會中有無一個固定的過半數黨存在；英國議會雖嘗有如斯的一個多數黨（此卽英國責任內閣制成功之一大原因），而他國則嘗缺乏如斯的多數黨。 法國政黨之組織不甚嚴固，議會中嘗有無數小政黨存在；今日某某數黨連合而成一多數黨以組織一個內閣；他日某某其他數黨又連合而成一多數黨以推翻現閣而另組內閣。 職是之故，內閣乃頻頻變易，內閣政策，極不固定；其弊亦無可諱飾。

第二目　行政機關的職權

以上第一目，係從行政機關與議會的關係上，說明列國行政機關職權的大致。

以下我們將更依列國實例，對於以次諸種職權，爲比較的簡括的討論：卽（一）關

於執行法律之權；（二）關於制定法律之權；（三）任免權；（四）海陸軍權；（五）外務權（六）頒給榮譽權；（七）赦免權；（八）關於議會集會開會停會閉會及解散之權。除此諸權而外，尚有戒嚴權本亦可在本目討論；然因第二編第一章第一節第十二目，討論個人自由與戒嚴的關係時，已論及列國戒嚴制度，本目遂不贅及。

第一款　關於執行法律之權

一般國家的行政機關，對於法律之執行，俱享有兩種職權；卽公布法律權與頒發命令權，是。民國元年臨時約法及民國十二年中華民國憲法亦俱承認總統享有此兩項職權。

一　公布法律權　『公布』（Promulgation）一詞，在一般國家，係指對於立法機關依法定手續而成立之法律案，命令國家官吏執行而言。準斯定義，則法律

之執行，始於公布而不始於法律之通過立法機關。德國學者歷來尙分公布手續爲二：其一爲簽證手續（德人謂之 Ausfertigung）。此種手續在由行政元首及國務員依照法定手續署名於法律案之上：此項簽署，在證明該法律案曾依合法手續而成立，並證明該項法律案與立法機關所議決之原文完全一致。其二爲刊告手續（德人謂之 Verkündung）。此種手續在將業經簽證之法律案刊行於政府公報。依照德國學者之意見，非俟此第二項手續完成，任何法律案，對於人民或官吏，俱不能發生效力。一般國家，往往並限定法律案須於刊告手續完成後若干時日，始能發生效力，以期各地人民得以週知該項法律。

公布既係命令官吏執行法律之行爲，則依三權分立之原則，公布權自以屬諸行政元首爲當。惟是法律之公布在理論上雖應爲行政元首之權利，同時亦應認爲行政元首之義務。換言之，即凡議會經由正當手續通過之法律，行政元首如在憲法上不享有『絕對的否決』權或『中止的否決』權（此種否決權之意義詳

見次款，）或雖享有此權，而因行使無効，或因行使此權之時効已過，亦當逕予公布。如元首竟放置而不公布，議會亦自有相當之制裁； 其在採用責任內閣制之國家，議會卽得認此爲內閣責任問題，而責成內閣負責因爲內閣不特對於元首之行爲須負責任，卽對於元首之不行爲亦須負責。 他國憲法，尙有規定元首如逾一定期限仍未公布其應行公布之法律，該法律卽得由議會自行公布者，例如法國一八四八年憲法卽曾如此規定。 民國十二年中華民國憲法且明定此類法律，雖未經公布，其効力等於法律（看該法第一百四條及一百五條。）

復次，行政機關於行使其公布法律權時，對於形式上有欠缺之法律（例如法律之成立未及具備一切法定手續之類，）或實質上有欠缺之法律（卽含有違反憲法的條文之法律，）能否拒絕公布，學者間亦殊不無歧論。 愚意對於形式上有欠缺之法律，無論如何，行政機關應得拒絕公布；對於含有違憲條文之法律，則除行政機關依憲法得對於法律行使絕對的或中止的否決權而外，行政機關應無拒絕

公布之權；否則便不啻以解釋憲法之權委諸行政機關，其事誠危。德國一九一九年新憲法僅承認行政元首對於『依憲法成立』之法律案負有公布義務，其義蓋亦如此。

二　頒發命令權　法律爲經由立法機關制定之規則，命令則爲行政機關制定之規則。列國行政機關無論其能否參加法律之制定，要莫不享有頒發命令之權。然列國行政機關頒發命令權之範圍，彼此卻亦大有差異。在英美等國，行政機關所能頒發之命令，以所謂『委任命令』(Delegated Ordinance) 爲限；換言之，行政機關，僅得依法律明文之委任，而頒發命令；凡未經法律本文明白委任行政機關得以命令規定之事件，則無論法律本文如何缺欠詳盡，行政機關初不得頒發命令，以爲之補充。歐洲大陸諸國（例如法國，）行政機關除得依法律明文之委任而頒發『委任命令』外，其於執行法律時，并得對於法律未及明白詳盡規定之點，逕以命令爲之補充；此種不依法律委任而由行政機關自行頒發之補充命令，學者

稱爲『補充命令』(Supplementary Ordinance)(或稱『執行命令』)。 法國行政元首因爲兼享有頒發『補充命令』與『委任命令』之權，所以他的頒發命令權，較諸英美諸國的元首倍形廣闊。 而英美諸國的法律，因爲除經法律明文委任之事項而外，概不得由行政機關逕自以命令補充，所以法律本文也就不能不比較詳細。 反之，歐洲大陸諸國的法律，卻往往極形簡括，因爲關於各種法律施行之細則，尚得由行政機關斟酌情形爲之補充。 此兩制在理論上自然各有其利弊：英美制較能防止行政機關之濫用職權；然凡關於法律執行之微細問題既往往亦規定於法律文本之內，法律之彈性力，自亦從而大減；因爲凡關於此種微細問題之規定，亦非經修改法律的手續不能修改的緣故。 法律修改之手續既甚繁重，而諸種施行之細則，又往往有隨時變更之必要，所以歐洲大陸諸國之承認行政機關享有頒發補充命令權，亦殊有相當之理由；特行政機關之束縛既然減少，行政機關玩弄法律與危害人民權利之機會，遂亦隨而增多耳。 民國元年臨時約法規定『臨

時大總統爲執行法律，或基於法律之委任，得發布命令，幷得使發布之；』民國十二年中華民國憲法第八十條亦規定，『大總統爲執行法律，或依法律之委任，得發布命令，』凡此俱顯然承認行政元首得頒發上述之『委任命令』與『補充命令。』

命令亦如法律，有拘束人民之效力；人民行爲之抵觸命令者，亦如觸犯法律，須受相當之法律制裁。　但法律與命令較，則法律之效力高於命令，此亦一般國家之所公認；以是命令之拘束力，應以不違反法律爲限，命令決無變更法律之能力（民國十二年中華民國憲法第一〇六條『法律非以法律不得變更或廢止之』之規定，意卽指此。）　在一般自由諸國，若英若美若法，行政機關雖遇非常緊急事變，亦不得頒發變更法律之『緊急命令；』而在德奧日本諸國，行政機關遇着非常事變，卻保有頒發此種『緊急命令』之權。　凡此已於第二篇第一章第一節第十二目論述戒嚴問題時有所說明，茲不贅述。　民國十二年中華民國憲法之草案，原亦設有關於緊急命令之條文，後經删去；然該法第一百十八條仍認政府於戰爭內亂或

非常災變時期，得爲財政緊急處分。這就是說，行政機關得以頒發財政的緊急命令。

第二款　關於制定法律之權

一般國家的憲法，均承認行政機關，對於法律之制定，享有兩項職權；卽法律提案權與要求議會覆議權，是。

一　**法律提案權**　就廣義言，法律提案權，便卽提出普通法律案及財政案於議會之權。在行三權分立制的國家——例如美國——一切法律案與財政案（包含預算案而言）俱須由議會自行提出；行政機關初不享有任何提案權；在行責任內閣制（卽議會內閣制）之諸國，行政機關俱與議會議員同享有此項提案權；而逐年預算決算等案且必須經由行政機關提出。凡此已於本編第二章解釋議會立法權及財政權時已有所說明，玆不贅述。

二　**要求覆議權**　行政機關如須完全受議會支配，則其對於議會所通過之

法律，便只有公布與執行之義務，而無任何抵抗之權力；瑞士制度便即最著之一例。其他國家，則大率承認行政機關對於議會所通過之法律享有『絕對的否決』(Absolute Veto) 權或『中止的否決』(Suspensive Veto) 權。

絕對的否決權云者，即行政機關對於議會所通過之法律案得拒絕裁可，而凡經行政機關拒絕裁可之法律案，便不能成立之謂。 君主國家之元首，便往往享有此權；然在今茲採用責任內閣制之君主國家，如英意比諸國，元首縱在法律上尚保有此權，在習慣上亦已不復行使此權。 在一般共和國家，則無論所採爲總統制或責任內閣制，要皆不承認行政機關得對於議會所通過之法律案能行使如斯的否決權。

中止的否決權云者即行政機關於法律案通過議會後一定期限內，得不公布該項法律案而行使一種對抗的手段之謂。 如其對抗有效，原法律案便歸失敗；否則原法律案仍獲成爲法律；所以此種性質之否決權亦得稱爲『相對的否決權』

對抗之形式，依列國之實例，可大別爲二：一爲要求議會覆議；一爲要求公民複決。

要求議會覆議權，美法等國憲法，雖各有規定，而其內容卻不盡同：美憲規定總統於法律案通過議會後一定期限內，得退回議會，請其覆議；覆議時如兩院各有三分二之多數維持原案，原案即成爲法律，總統不得拒絕公布；否則原案便歸消滅。美行『三權分立』之制，行政機關對於議會所通過之法律案，事前既毫無參加表決及參加意見之機會，故容納『制衡』之原則以調劑之；要求覆議權之規定，便即『制衡』原則之一端。惟是凡經要求覆議之法律案，既須議會兩院各有三分二之多數主張維持原案，始獲成爲法律，則是行政機關之反抗，凡得議會三分之一以上的贊助，便可發生效力。換句話說，便即行政機關得倚賴議會少數之贊助，而貫徹其主張。在採用『三權分立』和『制衡』原則的總統制之美國，此種規定在理論上雖尚說得過去，而在採用責任內閣制之國，便不能適用此種規定；因爲在責任內閣制之下，內閣政策便只能爲議會多數（即過半數）的政策；如內閣不能贊

同議會多數的政策，便應自行辭職，或解散議會訴諸選民；初不能倚賴議會少數之贊助以貫徹其主張。　以故法國憲法，雖亦承認行政機關享有要求議會覆議法律案之權，然覆議之時，但使議會上下兩院各有過半數之多數，主張維持原案，原案便成法律，行政機關便不得拒絕公布。　且按諸事實，法國行政機關雖享有此權，亦從未行使此權㈠大凡內閣所不贊同之法律案，內閣概於事前已在議會竭力反抗使之不能通過；如竟通過則是內閣政策已不得議會多數之贊助，內閣之自處便俱出於辭職之一途；因爲法國行政機關亦享有解散議會權，而解散權之限制甚大，殊不易行使。

行政機關如果享有要求覆議權，則凡遇行政機關認爲議會所通過之法律案，形式上有欠缺（例如手續不完備）或實質上有欠缺（法律案內含有違反憲法之條文，或法律案內所採納之政策不當）時，便得促令議會重加考慮；此即列國設

註㈠ Esmein, Droit Constitutionnel (1921), t. II 第74頁。

置此權之理由　然覆議時所需要之多數，如係一個特別高額的多數（例如三分之二）則與責任內閣制之精神不無矛盾，已如上述；如僅係一個過半數，實際上又或無甚效力。所以最近採用責任內閣制之德國憲法，便全不設置要求覆議權，而授行政機關以對抗議會法律案之他種手段；即行政元首對於議會所通過之法律案如不能贊同時，得於一月內交付公民複決，是。㈡

臨時約法本係採用責任內閣制，然該約第二十三條『臨時大總統對於參議院議決事件有否認時，得於咨達後十日內聲明理由咨院覆議；但參議院對於覆議事件如有到會參議員三分二以上仍執前議時，仍照第二十二條辦理』之規定，卻又摹倣美制。以故論者間亦有目臨時約法為採用總統制者。民國十三年中華民國憲法雖亦設置此項要求覆議權，卻未設定三分二之多數；蓋與法憲相同（看該憲第百○四及百○五條。）

註㈡　一九一九年德憲第七條（參看本書第三編第二第一節。）

第三款　任免權

有些國家，一部分之行政或司法官吏，依法須由人民直接選擧，並得由人民直接罷免；然在一般國家，行政及司法官吏之任免權，在原則上究屬於行政元首或其所屬之官吏。但是列國行政元首，雖享有一般的任免權，而依列國憲法及法律，行政元首之任免權，亦大率受有若干限制：

一　國務員的任免　在責任內閣制之諸國，行政元首之任用之國務員，在實際上雖不能不以議會多數之意志爲標準，而在形式上卻無提經議會徵求同意之手續（英法等國俱係如此。）　在行總統制之美國，行政元首雖有自由解免國務員及其他之一切官吏的職務之權（但聯邦最高法院之法官僅得由議會彈劾手續解其職，）而元首之任用國務員，公使，領事，以及聯邦最高法院法官，依憲法卻須取得參議院之同意。美制之設定此項同意權，只在防止行政元首之濫用私人，初非欲藉此以求內閣政策與議會政策之一致；蓋欲求議會與內閣政策之趨於一。

致，則免職權較任用權，實際上尤為重要；僅特任用的同意權，固不能永永保持議會與內閣政策之一致。以故採用責任內閣制之英法德等國，議會對於國務員之任用，雖無同意權，而其對於國務員政策之不當，在習慣上卻得行使不信任投票權使之去職。

吾國民國元年臨時約法第三十四條『臨時大總統任免文武職員；但任命國務員及外交大使公使，須得參議院之同意』之規定，顯係模倣美憲。該約法雖亦承認議會得以彈劾手續解免國務員之職，然彈劾權之性質與不信任投票權不同，前已說及（即美憲亦承認議會得以彈劾手續解免總統國務員，及其他官吏之職）。民國十二年中華民國憲法則一面僅定國務總理之任命須得衆議院同意（國務員則由總統及國務總理自由任用），一面並承認衆議院對於一切國務員得投不信任票以解其職（該憲第六二及九四條）。

二　一般官吏的任免　依列國憲法或法律，國務員以外之一般官吏大都由

行政元首或其所屬之官吏行使任免權，然充任之人依法律亦往往須具特殊之資格；而其免職之時亦往往須預經法定之懲戒程序。以是享有任免權之機關，亦不無多少之束縛。元年臨時約法及十二年中華民國憲法對於一般官吏之任用，雖未設定任何資格或程序，然十二年中華民國憲法第八十一條『大總統任免文武官吏，但憲法及法律別有規定者依其規定』之規定，固顯然表示元首之任免官吏權，可由法律設定種種限制。至於法官之解職，轉職，及停職，列國爲維持法官之精神的獨立起見，尤往往設有特殊限制（詳見本編第三章。）

復次，列國行政機關，倘有保有以命令增減機關及官職之權者（例如法國；）因之，行政機關任免官吏權之範圍，倘得隨行政機關自己的意志而伸縮。但是行政機關縱能獨自以命令增減機關及官職，實際上行政機關之此項職權，固仍不能不受議會財政權之限制；因爲議會於預算案內如拒絕各項增設的機關及官職所需要之經費，該項機關及官職自仍不能存立。元年臨時約法第三十三條規定

『臨時大總統得制定官制官規，但須提交參議院議決。』 茲所謂官制官規，雖不僅指增減機關及官職而言，而其可以包含增減機關及官職等事，則亦瞭然。 準此規定，行政機關雖無獨自制定官制官規之權，而自文義上解釋，官制官規或亦只能由政府提出。 十二年中華民國憲法則不復設有此項規定。

第四款 海陸軍權

海陸軍之調遣運用，自係行政機關之職務。 以故共和諸國之憲法，亦皆授總統以統率海陸軍之權，或授總統以海陸軍統領，或大元帥之名稱。(三) 元年臨時約法第三十二條亦規定『臨時大總統統率全國海陸軍隊。』 十二年中華民國憲法之規定亦約略相似。

註(三) 法國一八七五年二月二十五日憲法（現行憲法之一部）第三條規定總統『統率軍隊』；美憲第二章第二節規定『總統為美國中央海陸軍及各聯邦民兵之統領……』； 德國一九一九年憲法第四七條規定『總統為德國一切軍隊之總司令。』

惟是行政元首雖當有海陸軍大元帥或大統領之稱，而依法美等國憲法學者之意見，元首卻不因是而能躬自指揮軍隊；換句話說，卽元首不能置身行伍而為將領，以命令軍隊。㊃ 此種意見亦有數層理由：一則元首之基本職務究在處理普通行政事項；倘使元首躬自指揮軍隊，便或不能兼顧普通行政事項。二則共和國之元首，初非如舊日君主國家之君主，俱係曾受軍事教育與軍事訓練之人；果爾，置身行伍以指揮軍隊，亦往往非元首之所能勝任。以故列國憲法有一面承認元首得統率一切軍隊，一面復明白禁止元首躬任指揮軍隊之役者。㊄ 惟是元首既為全國海陸軍隊之統領或大元帥，而元首復不能躬自指揮軍隊，則當內亂外患之際，於勢不能不有一個躬自指揮全國軍隊的元帥或統領之人，又將如何？此則徵諸

註㊃ Esmein, 前書 t. II, 第143—144頁；Watson, On the Constitution, Vol. II, 第819頁。

註㊄ 法國一八四八年憲法第五十條 Esmein, 前書 t. II. 第144頁。

他國近例，有由元首委派他人代理元首行使其統率全國軍隊之權者（法國在歐戰期內卽曾採用此種辦法；但論者大都斥爲違憲。㈥）復次，在一般自由國家，元首雖享有統率海陸軍之權，而軍隊編制以及軍隊額數等事，固莫不由議會決定。元首之兼有決定軍隊編制與軍隊數額等權者，惟少數之君主國家而已。㈦ 十二年中華民國憲法第八十二條亦有『陸海軍之編制以法律定之』之規定，

第五款 外務權

茲所謂外務權，係指對外事務之處理權而言。外務權可區爲三類：一爲使節權；二爲締約權；三爲宣戰權。

一 使節權 所謂使節權卽接受外國使節，與對他國遣派使節之權。接受

註㈥ 詳見 Esmein, 前書 t. II, 第 145—148 頁。

註㈦ 看日本憲法第十一及第十二條。

使節之權，當然以屬諸行政元首爲宜。　依照國際法上之慣習，凡甲國向乙國遣派使節之時，甲國須將充任使差之人，預徵乙國之同意；以故列國行政元首的接受使節權，亦不徒爲一種外交儀節。　遣派使節之權，列國亦大都完全畀諸行政元首，而不令其他機關干預；然依美國憲法，則元首於遣派使節之時，尚須將充任使差之人提出於參議院徵求同意。　美憲之設定此種限制，無非以使差人選之良否足以響影國家之榮譽與利益。　然採用斯制或不免令使差之性質類於政務官，因之，駐外使差之地位，易隨國內元首或內閣之變更而生搖動。　此種情形亦殊多不利。

民國元年臨時約法第三十五條承認元首有代表全國接受外國大使公使之權，但依該約法第三十七條之規定，則元首遣派『外交大使，公使』尚須得參議院之同意。　十二年中華民國憲法不復設有此層限制。

二　締約權　條約是國與國間之契約，其締結必須經過外交手續；以是條約之締結，總不得不由行政機關參預。　惟是列國行政機關締約權之範圍，彼此亦多

互異；從以次所述之三種制度，便可窺見其互異之情狀：

其一，行政機關締結任何條約，依憲法俱須徵求議會同意。採用斯制之國，亦率以行政機關人員當條約談判之任，並以行政元首行使最後批准條約之權；但條約批准以前，卻須先得議會之同意。以是議會之同意，為條約生效之條件㈧。代表斯制者為美國及瑞士：依照美國憲法第二章第二節，總統締結任何條約，須得參議院出席院員三分二之同意。在此項條文之下，總統雖仍保有締約之發意權，締約之談判權，及條約之最終批准權，然條約批准以前，卻不能不得議會中一院—參議院—極大多數之同意。瑞士現行憲法則更規定一切條約之成立，須預經議

註㈧ 依一般國際法學者之意見，條約之批准，如依當事國之憲法須預徵議會同意，則凡未經此種憲法所定手續而締立之條約，在國際法上不具有拘束力 Oppenheim, International Law (1920), Vol. I, 第 658 頁及以下； Despagnet, Cours de Droit International Public (1910), 第 692 頁。

會上下兩院之同意（該憲第八五條）

民國元年臨時約法第三十五條亦規定臨時大總統締結任何條約，須經參議院之同意。

其二，行政機關締結特種條約，依憲法須徵求議會同意　代表此種制度者爲法國。　依法國現行憲法，法國總統有談判並批准條約之權；但媾和條約，通商條約，關係國家財政負擔之條約，及關係法國僑民的財產與身分之條約，非經議會兩院通過不生效力，凡土地之割讓，交換及合併，亦均須經由議會以法律決定行之（法國一八七五年七月憲法第八條）。　此項列舉之範圍雖廣，細案之卻亦尚有多種重要性質之條約，不在此項列舉之內；如軍事同盟條約是。　此類未經列舉之條約，便全然脫離議會之監督。　此爲法制之異於美國，瑞士諸制者。　復次，上列法國憲法條文，並將締約權之含有談判，議會同意，及批准三個程序，明白表示出來：　談判及批准俱屬總統權限；而對於特種條約之締結，則談判與批准兩程序之間，尚有一

個徵求議會同意之程序。

其三，行政機關締結任何條約，依憲法俱不必徵求議會同意。 凡君權甚重之國家，自皆行使此項制度： 如日本憲法第十一條承認天皇得獨立的宣戰，媾和，幷締結條約，是。 卽在英國，國王亦得不經議會之同意而締結一切條約；甚至變更國家領土之條約，亦得由國王獨立締結。 此爲英國一般憲法學者所公認之原則。㊈惟是英人對於條約的法律性質，向來僅視爲一種國際契約而不視爲國法之一部（他國則有逕認條約效力同於國法者，例如美國）以是，行政機關所締結之條約，在國際法上僅管有拘束本國之義務，而在國內法上卻不逮具有拘束法庭及人民之效力。 凡條約之所規定，如果涉及議會立法權限以內之事項，如增加國民財政負擔，或變更現行法律之類，則非經議會另以法律容認條約內之該項規定，該項規

註㊈ Anson, Law and Custom of the Constitution (1908), Vol. II, Part II. 第103—110頁。

定實際上便不能執行。　以故，在英國制度之下，行政機關之締結條約，雖無憲法的限制，而在條約內容涉及議會立法事項之時，政府亦常須於條約批准後要求議會之協贊；有時並於批准前預徵議會之同意；有時並取一個更愼重之手段，即在條約內加入一條文，聲明條約之生效，以得議會同意，或經議會通過執行的法律爲條件。

民國十二年中華民國憲法第八十五條，規定『大總統締結條約；但媾和及關係立法事項之條約非經國會同意，不生效力。』　此項規定，表面上雖徵類上述之英制，實則仍是上述之第二種制度（法國制。）　因在英國制度之下，行政機關所締結之一切條約，在國際法上尙屬有效，不過關涉立法事項之條約，非得議會協贊，實際上不能執行耳。　依十二年中華民國憲法之規定，則未經國會協贊之特種條約（和約及關係立法事項之條約）將不獨實際上不能在國內執行，即在國際法上亦將不生拘束力。

歐戰發生以後，歐州諸國人士，鑒於官僚外交與祕密外交之危險，乃相率主張

外交公開，與民衆外交。　所謂公開的民衆的外交，卽人民或其代議機關對於締約宣戰等事，必須參預之意。　以是，歐戰後歐州新造諸國憲法，畢授議會以參預締約之權；一九一九年德憲，並承認議會得於閉會期間內，設置外交委員會以監督政府的外交。　瑞士於一九二〇年承受國際聯盟公約，加入國際聯盟時，並曾以此事預付全國公民投票表决。

三　宣戰權　列國憲法關於對外宣戰權之規定，亦如締約權，有以之完全授諸行政元首者（例如日本憲法之所定）；亦有令行政機關於宣戰前預徵議會同意者（例如美法憲法之所定）。　如行政機關能獨立的對外宣戰，則議會便只能間接的節制其宣戰權，換言之，卽僅能以拒絕通過戰費，與對政府投不信任票等手段，牽制行政機關。　惟是此類手段實際上既未必常能防止行政機關之濫用其宣戰權，而既經宣戰以後，事實上尤或不容議會行使此種手段。　以是近今民治諸國類皆對於行政機關之宣戰權，設爲須經議會同意之條件。　但預徵議會同意之條件，

自亦只能適用於本國為首作戰之場合；如遇他國首先宣戰，或不公然宣戰而遽向本國攻擊時，行政機關為執行正當防衛之手段，應得不徵議會同意，而逕以武力抵抗。　此在他國亦有經憲法以明文規定者；卽無明文規定，而在解釋上勢亦不能不承認行政機關保有此種正當防衛權。　元年臨時約法僅規定宣戰講和須得參議院同意。　十二年中華民國憲法第八十四條則設為『大總統經國會之同意，得宣戰；但防衛外國攻擊得於宣戰後請求追認』之規定。

第六款　頒給榮譽權

頒給榮譽權，顯然為君主制度之一種傳產。　君主國家的君主所頒給之榮譽，雖有種種，而亦可大別為二：　一為爵位；一為其他榮典。　爵位當為世襲性質，其榮譽不僅及於本身；爵位且嘗含有特權性質，賦有此種榮譽者，往往享有普通人民所不能享有之權利，或被豁免普通人民所應盡之義務。　爵位之異於其他榮典，如尋國之所謂勳章，勳位，（勳位亦卽勳章之一種）褒章之類者，亦卽以此。　爵位既具

如斯之性質，自與人民平等之原則相牴牾，而爲共和國家之法律所不能容。 爲使一般人民精神上能感覺得彼此完全平等，爲使一般人民崇尙樸素而薄虛榮，則卽爵位以外之其他一切榮典，亦殊非共和國家之所宜頒予： 孟德斯鳩謂專制之國尙恐怖，君主之國尙榮譽，共和之國尙道德。 孟氏之所謂榮譽，卽指爵位及其他榮譽而言，孟氏之所謂道德，含有愛國家，愛平等，愛儉約之三要素，蓋指國民之公德而言。 孟氏以爲共和政體之下，人民之爲國家及社會宣力，全賴人民愛國家之心理爲之驅使，而人民之能否愛國家，須視人民愛平等愛儉約之心理是否發育；倘無愛平等愛儉約之心理，以激發人民愛國之情，而須如專制或君主國家，借助於恐怖或榮譽，以督促人民之爲國家社會宣力，共和政體勢亦不能持久。㊉

就實例言，一般共和國家，亦大都以憲法明文禁止國家任何機關頒給爵位(例如美國，瑞士及德國現行憲法。) 其對於既存之爵位，亦尙有以憲文剝奪其特

註㊉ Montesquieu, Esprit des Lois Liv. III, V, et VIII.

權者（例如德國現行憲法。） 有些國家，卽對於爵位以外之名位勳章，亦禁止頒給；國家機關之所可授予者，惟表示一種職業或公共職務之名稱，與一種學術資格之學位而已（德國現行憲法便係如此規定。） 不但如此。 共和國家之憲法，並且往往禁止本國文武官吏，甚或本國任何人民，承受外國政府之任何爵位或勳章（例如瑞士德國現行憲法。）

吾國素以『名器』爲鼓舞羣倫之具；歷來君主對於臣民所頒給之榮譽，種類滋多；前淸時代，除卻授爵而外，亦尙有旌表，封贈，崇祀，功牌，寶星，種種名目。 民國元年之臨時約法，雖未承認元首有頒給爵位之權，卻亦規定『臨時大總統得頒給勳章及其他榮典』（約法第三十九條。） 以是民國元二年袁世凱當政時期，乃有勳章令勳位令等等條例之頒布；一時號稱『有勳勞於國家或社會』之人，相率取得此種虛榮，儼類新貴。 爾後勳章，勳位，褒章等物之頒給尤形濫雜。[十一] 袁氏旣死，社會乃稍現反動；以是民國二年天壇憲法草案中所設定『大總統頒予榮典』之

條文於民國六年二讀會時得被删削；民國十二年十月十日之中華民國憲法因是亦無承認元首頒給榮典之條文。

第七款　赦免權

一　**赦免權的意義**　赦免云者對於刑事犯宥免刑罰執行或刑事訴追之謂。列國法律大率分赦免爲大赦（Amnesty）與特赦（Pardon）兩種。然大赦特赦之所由異，列國法律，卻未能一致。我們倘參酌衆多國家之法律而立一理論的標準，則大赦與特赦之互異，可說有三點：大赦係統一類之罪犯（通常爲政治犯軍事犯）而全赦之，其赦免時，往往僅聲明某某事件或某某時期之全體罪犯，而不聲明被赦免者之個別姓名；特赦則係對於特定之個人所行之赦免；此其一。大赦不僅可行於法庭判決確定之後，抑且可行於法庭判決以前；以是大赦不獨可以免除刑

註(十)　民國三年袁氏尙頒有褒揚條例，規定元首得以褒章匾額褒揚孝行卓絕，節烈貞操，耆年碩德，急公好義，或有學術技藝上發明之生死人士。

罰執行，抑且可以免除刑事訴追；特赦則僅行於法庭判決確定以後；此其二。 大赦之效力，可以使犯罪者之犯罪行爲在法律上完全消毀；以是被赦免者不獨可以完全免刑，卽再犯時亦不以累犯論，而恢復公權，亦爲當然之結果；特赦雖得隨特赦之明令而免除其刑之一部，或全部，甚或恢復公權，然其犯罪行爲，法律上並未消毀，再犯時則仍視爲累犯；此其三。

然以上差別究不過折衷衆多國家之實例，而成立的一個理論標準，列國法律之分赦免爲特赦大赦者，事實上初不盡與上述差別相符。 吾國歷來君主之行使赦免，亦有大赦特赦之分。 民國元年臨時約法第四十條『臨時大總統得宣告大赦，特赦，減刑，復權，但大赦須經參議院之同意，』之規定，雖未明定大赦，特赦之所由異，而赦免之有大赦，特赦之分，固亦已承認。 減刑權原可受大赦或特赦權之包孕，初無特別規定之必要；復權之權列國卻有劃諸特赦權之外，而認爲除大赦外惟法庭得行使此種職權者（例如法國現制，）茲特別規定，或卽以此。(13) 天壇憲法草

案第八十七條規定『大總統經最高法院之同意，得宣告免刑，減刑，及復權，但對於彈劾事件之判決，非經國會同意不得為復權之宣告；』民國十二年中華民國憲法亦即如是規定，惟易原文中『國會』二字為『參議院』耳。 由斯可見天壇憲法草案及民國十二年中華民國憲法，初無大赦之名稱；當時造法者之意旨，蓋在否認大赦而僅承認特赦，所謂特赦，並以減刑，免刑，復權，三目表示之。(註廿六)

二 關於赦免權之理論

赦免權為君主政體之一種傳產，固顯然與須給榮譽權同。 君主國家中，赦免制度之所以存立，其原因亦至顯然： 蓋君主既出於世襲，民衆之與君主，初不必有天然之情感，為君主者，為謀人民之愛戴，乃往往趨於市恩嚮惠之一途。 故吾國歷來行使大赦，率於皇帝登極，皇帝壽慶，以及册立皇后，太

註(廿五) 日本憲法亦以大赦，特赦，減刑，復權並列，而有『天皇命大赦，特赦，減刑，及復權』之規定；臨時約法之規定，顯係直接倣自日本憲文，而僅依他國憲法增入大赦須經議會同意之條件。

註(廿六) 看吳宗慈，中華民國憲法史，上編，第一一八至一一九頁。

子，等大典時期舉行，而稱大赦為『恩赦』。 但許多論者，卻以為赦免制度，雖在共和國家，亦有存留之必要。 主斯說者，其主要理由似不外次之三點。 其一以為赦免制度可以濟法律之窮。 持斯說者，以為法律的條文，無論如何，總難達到精審詳備之境地，舉凡一切應行從輕議刑之場合，亦決難期其一一規定而無缺欠；倘不設為赦免機關，以行所謂大赦特赦之權，則法律之窮便無從補救，蓋法官之職務，只在執行法律，倘遇有在理雖宜末減或免刑之人而在法則罪無可逭，彼固只能執法相衡，而不能為法外之補救。 此層理論，亦自有其真理，然果設為赦免權以濟法律之窮，並以此權委諸行政元首，畢竟有任人而不任法之嫌；蓋所謂赦免，原即一種免除刑法適用之權宜行為，以免除法律適用之權付諸元首，自然逃不脫以人治代法治之嫌。 其二以為赦免制度可正法庭之誤。 主斯說者，以為法官之審判無論如何審慎，事實上終不敢必其無錯誤，以是乃不能不設為赦免機關以資矯正。 惟是法庭之錯誤雖屬難免，而因近代刑事訴訟法之進步，法庭錯誤之無可補救者，究已大

減（列國刑事訴訟法上所設定之普通上訴程序，非常上訴程序，聲請再審程序等等，俱在補救法庭之錯誤。） 其三以爲赦免制度可以鼓勵犯人之遷善 持此層見解者，以爲國家如保存赦免制度，則赦免機關，可於法庭宣告刑罰之後，以赦免爲促起犯人自新之手段，或於刑罰已經執行若干時期之後，對於犯人之有悛悔實據者，以赦免之法而益堅其悛悔之傾向。 此層見解自亦盡人所承認。 惟是近今列國之刑法及其監獄法，固已日趨於感化政策；其所採納之感化方法，固尙有較赦免爲更有效而且流弊較少者；如列國刑律及吾國刑律所採用之『緩刑』及『假釋』等制，皆是。

綜之，赦免制度，在今玆刑事訴訟法及刑律進步之時代，重要既已減少；其在法治根基薄弱之國，赦免權如屬諸行政元首，尤有損及司法獨立與法律權威之危險。卽欲設置此權，亦宜分赦免爲大赦，特赦：大赦之關係較鉅，宜以其同意權付諸議會，因以保持法律之權威；特赦容或因案件過繁，不能盡煩議會議決；然亦宜約略做

照民國十二年中華民國憲法之所定以其同意權付諸法院，俾法院之審判權，不致完全為行政機關之赦免權所破壞。 至於彈劾案件，雖不能如英美等國制度，完全劃諸赦免權以外，亦當一律以議會同意為條件（至少亦當如十二年中華民國憲法，對於復權一層，設定議會同意之條件）以防行政元首假藉其赦免權以庇護屬僚而使議會之彈劾權實際上失其效力。

第八款　關於議會集會開會停會閉會及解散之權

欲說明列國行政機關對於議會集會，開會，停會，閉會及解散諸問題之職權如何互異，須先說明這幾個名詞之意義。 集會係指議會議員之集合而言；開會係指議會之開始會議而言；停會（Adjournment）係指議會中之一院或兩院，在集會期內，中止若干時間之會議而言；閉會（Prorogation）係指議會一屆會期告終而言；解散（Dissolution）係指一個議會之終結而言。

一　議會之集會開會停會及閉會　關於議會集會，開會，停會，與閉會之手續

等問題，列國實例頗不一律；然綜括說來，可說是有次之三種不同的制度：

其一，議會無一定之會期，其集會，開會，停會，及閉會，由議會自行決定。　此種制度，往往含有次之三個特點：　(甲)議會在原則上為常務機關，於其任期之內，每年初無一定之會期，惟依議會自己之決定，得宣布停會若干時期。　(乙)議會於停會期內往往設置一種委員會，俾於緊急時期，得臨時召集會議。　(丙)此種制度，雖亦往往承認行政機關得因緊急事故召集會議，然不承認行政機關享有宣告停會或宣告閉會之權。　此種制度，在維持議會對於行政機關之獨立。　最足代表此制者，為一八四八年法國第二次共和憲法。[四]

民國元年臨時約法大體上亦係採用上項制度；該約法僅規定「參議院得自行集會，開會，閉會」(第二十條)既未規定一定之會期，亦未明定行政元首享有召集開會之權；尤未承認元首得行使停會或閉會之權。

其二，議會無一定之會期，其集會，開會，閉會，純由行政元首決定。　此為英制。

英之議會，在法律上初無一定會期，亦無自行集會，開會，或閉會之權；惟集會期內之停會權，完全屬諸議會。(十五)　其集會開會，及閉會，概依行政元首之命令行之。　在法律上，元首除至少每三年必須召集一回議會而外，其召集開會，及宣布停會閉會之權，並無何等其他限制。(十六)　英之此制，只是一種歷史的產物，並非基於任何政治理

註(十四)　該憲法之規定如左：

第三十二條　國會爲常務機關；但依國會自己之決定，得停會。　在休會期內國會委員遇緊急事故，得召集會議；此項委員會由國會事務機關之委員，及國會依秘密投票法與過半數當選法特別選出之委員二十五人組織之。　總統亦得召集國會會議。

第六十八條　凡總統解散國會，宣布國會閉會，以及其他妨害國會行使職權之行爲，均爲內亂罪。

註(十五)　Anson, Law and Custom of the Constitution (1911) Vol I. 第70頁。

註(十六)　此項三年必須召集議會一次之限制，亦尚係從查理斯密二世時代遺傳下來的一種規定；此項規定，雖見諸律文，然律文對於此項規定亦未設有任何直接制裁。

論，蓋英國議會原只因爲國王對於課稅事宜欲得各種階級的代表之協贊而始產生；以是議會之集會，開會，與閉會全由國王決定，在當時蓋屬自然之手續。 其在今日，英國議會之集會，開會，閉會在法律上雖仍由國王自由決定，實際上，英國議會固已與常年集會之常務機關相去不遠，其每歲休會之時期，實屬極短。 其所以然，則因預算案及常備軍隊案，依英國法律每年俱須經由議會議決之故且在責任內閣制之下，政府亦實不能長期的獨立行動，而置議會於不顧。

其三，議會有一定之會期，在其會期內，得由議會或行政機關酌量停會在其會期外，得由議會或行政機關酌量延長會期，或召集特別會議。 此種制度，可以說是前述兩種制度之折衷制度，法國現制，卽爲此種制度之一(七)。 此種制度，於憲法上設定一個每年集會之時期，名爲會期；因是議會在原則上並不是常年集會之常務機關。 蓋議會如爲常年集會之機關，則行政機關便須日日與議會周旋，便須日日爲立法事務所纏繞而不能注其全力於行政。 此種制度所以容許行政機關或議

會，得於議會會期內，酌量宣告停會若干時日者，因暫時停會之宣告，往往可以緩和議會上下兩院間之激劇衝突，或議會與行政關係之激劇衝突。　但對於每一會期中停會之次數，與每次停會之時日，列國憲法與法律，卻亦往往設爲相當之限制，以期議會之工作不致因是而感重大停滯。　至若會期已屆，而會議之工作，仍未及完

註㊂　法國一八七五年七月十六日之憲法規定如次：

第一條　參議院及衆議院於每年正月第二個星期二日集會；但總統得於此項日期以前召集之。

第二條　兩院每年繼續開會至少五個月。　兩院會期同時終始。

第三條　總統宜告會期之終止，總統得召集兩院開特別會議。

如兩院各有過半數議員之要求，總統亦應召集兩院開特別會議。

總統得停止兩院會議。　但每次停會不得過一月；每一會期并不得停會至二次以上。

舉，則列國憲法或法律，亦往往承認議會或行政機關得延長會期至特定之限度。

會期以外之特別會議，係備非常事變而設；其要求召集之權，在理論上自亦以令議會議員及行政機關俱得享有為宜；蓋行政機關如不享有此權，事實上固有種種不便，議會議員如不享有此權，則議會亦無從於此類時期防止行政機關之專擅。

民國元年國會組織法第十一條「民國議會之會期，為四個月；但依事情之必要得延長之」之規定，形式上亦係採用上述第三種制度，但延長之期限，既無限制，議會固尚易成為常務機關。 十二年中華民國憲法則係完全採用上述第三種制度，該憲之規定如次：

第五十一條 國會自行集會，開會，閉會；但臨時會於有左列情事之一時行之：

一 兩院議員各有三分一以上之聯名通告；

二 大總統之牒集。

第五十二條 國會常會於每年八月一日開會。

第五十三條　國會常會會期爲四個月，得延長之，但不得逾常會會期。

第八十七條　大總統得停止衆議院之會議；但每一會期，停會不得逾二次，每次期間不得逾十日。

復次，議會雖有兩院，而兩院要當認爲一體；以是列國成例大都限定議會之開會閉會，概須兩院同時舉行；議會中如有一院被解散，他院亦不得開議（但對於停會問題，則列國尚有承認一院得單獨停會者；例如英國）㊆　元年國會組織法亦規定兩院之開會及閉會須同時行之（該法第十條）；十二年中華民國憲法除承認兩院開會閉會須同時舉行而外，幷規定（一）一院停會，他院便須同時休會；（二）衆議院解散，參議院便須同時休會（該法第五十四條）。

二　議會的解散　議會的解散，係指議會的終結而言。　議會解散的原因，約言之不外兩種：一爲議會任期屆滿；一爲議會任期雖未屆滿，而行政機關或其他依

註㊆　Anson 前書 Vol. I. 第 70 頁。

憲法享有議會解散權之機關，宣告議會解散。 行政機關，享有議會解散權，大率限於採行責任內閣制（即議會內閣制）諸國，然亦不無例外。 茲分別言之：

其一，議會解散權與責任內閣制。 在行責任內閣制諸國，行政機關，通例得於議會任期屆滿以前，使之解散。 責任內閣制之設置此種職權，其理由蓋甚明顯：在責任內閣制之下，內閣是必須得議會多數的信任，始能存立的；內閣如不得議會多數之信任，議會便得以否決內閣所主張之法律案或預算案為手段，或以投不信任票為手段，促其去職。 議會既有此種間接及直接強迫內閣去職之手段，議會便難免不濫用此種手段。 假使內閣對於議會之此種手段，毫不具有對抗之權能，則凡遇議會違反民意，而行使此種手段之時，便無從制止。 以是採用責任內閣制之國家，大都設置解散議會權以為行政機關對抗議會之手段。 唯是解散議會權之設置，只是給予行政機關一個訴諸選民之機會，并非承認行政機關得違反議會多數之政見，而自行其政見，得不依議會多數之信任而繼續存立。 以故在採用責任

內閣制之諸國，行政機關於與議會多數政見相反，及不得議會多數信任之時，雖得行使解散議會權，然解散議會之後，行政機關不獨須及時舉行新議會之選舉，并且非得新議會多數之信任，決不能繼續在職。　行政機關決不能因新議會之不信任，而繼續行使其解散權。　此種限制，或則存諸列國習慣（例如英國）甚者且以憲法明文規定：例如一九一九年德國憲法第二十六條便云「總統得解散衆議院；但對於同一事因僅得解散一次。」　有此限制，而內閣必得議會多數信任始能存立之原則，乃可保全。

惟是，行政機關之享有議會解散權，其目的既在直接地求內閣與議會意見之一致，間接地求內閣與選民意見之一致，則行政機關行使解散權之場合，自亦不必以內閣與議會發生衝突之場合為限。　實際上英國議會之被解散，往往發生於內閣與議會相融洽之時。　據英人安曼旦氏之統計，自英國女后維多利亞登極（一八三八年）以來，英國議會之被解散有多種原因：㈠　有因衆議院不信任內閣而

被解散者；如一八一四年麥爾滂(Melbourne)內閣，因衆議院投不信任票而解散衆議院，一八五七年曾爾麥斯頓(Palmerston)內閣，因其對華政策，受衆議院攻擊，而解散衆議院，是。 有因舊內閣辭職，新內閣於就任後，冀以改選衆議院手段，取得選民之信託者；一八四七年，一八五二年，一八八五年，及一八九五年，英國衆議院之被解散，俱因舊內閣不得議會信任而去職，新內閣雖得議會信任，而爲取得選民之信託起見，仍然主張解散議會，舉行改選，是。 此類解散事實上往往係經各政黨共同決定。 有因議會任期將滿，政府在迭次補選(Bye-election)競爭中，諸多失敗，因而提前改選衆議院以偵知民意之真相者；一八六五年，一八七四年，一八九二年，及一九〇六年，衆議院之解散，俱係如此。 有因衆議院任期將滿，政府思利用特殊機會，而提前宣告改選者；如一九〇〇年沙斯伯威(Salisbury)內閣，因南非戰爭勝利，而解散衆議院，是。 凡斯先例，形式雖不一致，要亦有其共同之點，卽解散議會權之行

註㊄ Emden, Principles of British Constitutional Law (1925) 第83-84頁。

使，俱在謀內閣與選民之一致。

復次，在一般採用責任內閣制之國家，內閣之對議會負責實際上係僅對議會中之一院（下議院）負責；以是行政機關，縱享有解散議會權亦只對下議院享有此權，上議院初不在解散權範圍以內㉚；不過下院既經解散，則自下院解散之日，至新下院集會之期間內，上院亦不能單獨集會耳。　解散議會權，既僅能對下院實施，以是列國為防杜行政機關濫用此權起見，乃更有授上院以解散議會之同意權者；例如法國現行憲法，承認行政元首解散衆議院，須預徵參議院同意，是。　但此項同意權之設置，幾使法國憲法上之解散議會權成為具文（法國自其現行憲法於一八七五年成立以來，僅於一八七七年曾有一度解散議會之事。）　蓋法國自一八

註㉚　一九〇〇年澳大利亞憲法，殆為唯一之例外：　該憲承認凡議會上下兩院對於某種法律案不能妥洽時，得由行政機關解散兩院；但除此種場合而外，行政機關，却亦只能解散下議院（看該憲第五條及五七條）。

七七年麥克莫康(Mac-Mahon)總統解散議會，終致政府失敗以後，法國一般社會對於政府，遂益存疑忌之念，因之政府亦極不敢輕於嘗試其解散權；且法國上院之地位，既較下院低弱，其於解散下院之事，亦不免流於畏怯，因之政府的主張，亦難望得其同意。

民國十二年中華民國憲法，明白規定行政機關只有解散衆議院之權，而更依法國憲法設爲上議院同意之條件。 該憲第八十九條規定如次：

大總統於國務員受不信任之決議時，非免國務員之職，即解散衆議院。但解散衆議院，須經參議院之同意。

原國務員在職中或同一會議，不得爲第二次之解散。

大總統解散衆議院時，應即令行選舉，於五個月定期繼續開會。

其二，議會解散權與非責任內閣制。 求諸列國實例，亦良有不採責任內閣制而授行政機關以議會解散權者，如舊德意志憲法，是。 此種國家，議會既無不信任

投票等權以促內閣去職，以使議會依內閣多數意志而存立，則其授行政機關以議會解散權，固只是欲令議會受行政機關之支配；其與一般責任內閣制之設置此權，以求議會與行政機關之得以互相對抗者，用意固迥不相侔。反之，在採用責任內閣制之國家，爲防止行政機關濫用解散權起見，亦尙有不授行政機關以議會解散權者，如一九二〇年之奧國憲法是。以是論者乃有謂奧制實際上與所謂「瑞士制」之精神，較爲相類者。吾國民國元年臨時約法，雖採用責任內閣制，亦未給予行政機關以議會解散權——民國二年及民國六年國會之兩遭解散，蓋俱爲約法所不許。在倣行美國總統制之國家，議會既無投不信任票等權以支配國務員之命運，行政機關亦無議會解散權以支配議會的命運；所以美制可以看作介乎舊德意志制與「瑞士制」之間的一種政制。

第三章　法院

第一節　法院職務的性質

普通稱法院爲司法機關，稱法院之職權爲司法權。我們如欲研究法院職務之性質，第一自應研究何爲司法權；第二便應研究法院之職務，是否僅以行使司法權爲限。

自法儒孟德斯鳩創三權分立之說而後，衆多論者率認司法權對於行政，立法，兩種職權，具有特殊之性質。然晚近論者，對於此種見解，卻不無深持異議之人。他們以爲國家的職務，嚴格地講，只有兩類：一爲制定法律，卽所謂立法權；一爲執行法律，卽所謂行政權；司法權亦只在執行法律，其根本性質，固與行政權同。此種見

解雖亦不無是處，但司法與行政部令同具執行法律之性質，亦初非別無差異： 司法權爲對於訴訟事件之審判權，審判權之行使雖在執行法律，然依現代一般國家所容認的『不告不理』之原則，則法院之行使司法權，固只是被動的執行法律。㈠而行政機關之行使行政權，卻常是自動的執行法律。 以故行政與司法兩種職權，縱同具執行法律之性質，固仍不失爲相異之兩種職權。

惟是司法權雖與行政權及立法權顯然有別，而現代諸國法院之職務，卻非絕對的僅以行使司法權爲其範圍： 列國法院除處理訴訟事件而外，亦尚有兼理若干種『非訟事件』者；如遺囑執行婚姻及不動產等登記事件之類，是。 此則法院職務不免涉及單純的行政事務。 復次，法院於受理訴訟案件之時，如法律對於該

註㈠ 玆所謂被動的執行法律，自然係專指審判法庭而言；而不包含檢察官吏或檢察機關。 任一般國家，法院之名稱，實亦專指審判法庭而言。 吾國法院採取一種特殊之組織，因之檢察廳與審判廳同稱爲法院或法庭，檢察官與推事亦同稱爲法官。

項案件無正文規定，列國法律或習慣，卻往往承認法官得依據公道或常識以行使裁判。此種裁判，已不免近於立法。假使法院之判例，對於未來案件能如英美等國法院之判例，享有與法律相同之效力，則法院之審判權直顯然的含有立法性質，以故列國法院實際上往往不純是一個司法機關。

第二節　法院的獨立

儘管司法權與行政權不免有相同之點，儘管法院行使司法權，有時不免近於立法，而法院之必須離行政機關與立法機關而獨立，卻為孟德斯鳩以及現今一般學者之所主張。蓋不如是，則人民之自由將無充分之保障，行政機關或立法機關之專斷，極難免除。所謂法院之獨立，即法院法官之審判，應不受行政機關或立法機關的干涉之謂；就是一個法院對於他一個法院之審判，亦只能於判決後，依上訴程序而變更其判決；在審判之時，任何法院，亦皆不受任何其他法院之干涉。至於行

政機關或立法機關，則卽在法院判決以後，亦不享有變更任何法院的判決之權。吾國臨時約法爲宣示此種法院獨立之原則起見，設有『法官獨立審判，不受上級官廳之干涉』之規定（該法第五十一條。） 惟『上級官廳』云云，意義未免稍狹而且稍晦；十二年中華民國憲法第百〇一條，則易爲『法官獨立審判，無論何人，不得干涉』之規定。

惟是欲求法院精神上之獨立，初非僅僅規定法院審判不受干涉所能濟事。這種規定，至多不過能令法院以外之機關，不能公然地干涉法院之審判，卻不能保障法院法官，實際上不仰承其他機關（尤其是行政機關）之意旨，而行使其審判權。 換句話說，徒有此種規定，便只能使法院保有形式的獨立，而不必能使法院享有實際的或精神的獨立。 欲令法院在實際上亦不爲其他機關的勢力所左右，則法官之如何任用，與法官身分之應受如何保障，極關緊要。 以故列國憲法，對於這兩項問題，亦往往自行設有規定。

一 法官的任用　任用法官之權，列國亦有完全授諸行政機關者；意以爲法院法官，如果對於任期，轉職，解職等事，享有特殊之保障，精神上已不難於獨立，由是法官之任用，儘可與普通官吏一樣，完全由行政機關行使；且充任法官之人，依列國法律，既俱須具備法定之特殊資格，則卽以任用之權完全授諸行政機關，亦無虞其過於妄濫。以故英法等國任用法官之權完全付諸行政機關。元年臨時約法亦以任用一切法官之權，完全委諸總統及司法總長（該法第四十八條）十二年中華民國憲法亦僅對於最高法院院長之任用，設有須經參議院同意之條件（該憲法第九十八條；）至於其他法官應如何任用，該法並未自行規定。但依該憲法第八十一條『大總統任免文武官吏但憲法及法律有特別規定者依其規定』之條文，則任用其他法官之權，自非法律別有規定，亦完全屬諸行政機關。

有些國家，爲增加法官對於行政機關之獨立起見，對於法官之任用問題，卻亦有不採上述之制度，而採其他任用方法者。所謂其他方法，約言之不外兩種：一

為選舉，一為限制行政機關之任用權。

以選舉制度，適用於法官之任用，就列國實例而言，亦有數種：一為議會選舉　此法惟瑞士行之：瑞士聯邦法院之法官，係由議會選舉；瑞士各州之法官亦往往係由各州議會選舉。二為人民選舉　此法法國於第一次大革命時代曾經採用：今則美國諸邦，對於法官之任用，採用直接民選之制者，亦頗不少。三為法院自選。此制在令法院法官之缺額，由法院自行選舉，以補充之。此法雖有古例可舉，（法國在十五世紀時曾採用此法）現代國家，殆絕無純採此種方法者。

議會選舉與人民選舉，在原則上雖或可以增加法官對於行政機關之獨立，然採行此類選舉制度，卻不易獲得適當之司法人才；蓋一般選舉人，對於司法專門人才，往往不具有充分的鑑別能力；而真正的專門人才，往往因其不願從事於選舉運動，遂亦缺少當選之希望。且在議會選舉或人民選舉制度之下，凡希冀當選之人，事實上既往往非與政黨發生關係不可，則當選者政黨色彩之濃厚，亦大足影響法

院精神上之獨立，與法院在社會上之權威與信用。 法院自選之制雖足免除這些流弊，然一個機關之組成，如果永久地完全地僅受該機關內部之支配，而不受外方勢力之影響，實際上亦或不免流於極端保守，甚或流於腐敗。

以是他國對於法官之任用，尚有取行政機關任用之制與選擧制而折衷採用者。 此種辦法，在令行政機關任用法院法官之權受他種機關之限制。 此則可以美憲及比憲之規定爲例。 美制，聯邦最高法院之一切法官，雖係由行政機關任用，然任用之前，卻須徵求參議院同意。 依照比國憲法，凡最高法院之法官，俱係先由比國上議院與最高法院各推荐一個名單，次由行政元首，就該名單擇一任用；其他法院之法官，亦有須經地方議會與相關法院各自提出名單而由行政元首抉擇任用者。 以上二制，美制在調和行政機關任用之制與議會選擧制；比制則直兼採行政機關任用，議會選擧，與法院自選，三種制度。

二 法官的保障 欲保持法官精神上之獨立，則法官身分的保障問題，實較

法官任用的手續，尤爲重要。　此項保障包含着法官的任期，法官的免職及停職，法官的轉職，法官的薪俸等問題。

其一，法官的任期　法官之爲終身職，已爲現代一般國家所容認。　蓋法官如果有一定之任期，則爲謀繼續維持其地位起見，他們於執行職務之時，對於享有法官任用權之機關，便或不免有所阿附（美之諸邦，其採法官民選制者，法官嘗有一定之任期，而非終身官職；因之，法官之冀圖於任滿後繼續當選者，於其任期之中，亦嘗有曲徇人民情感與政黨意見之情狀。）

惟是列國雖大都認法官爲終身職，而因年老，精神衰弱，或重大疾病等故障，自須令其退職（關於年老一層，列國法律大都定有强制退職之年齡。）　此外法官服務，如有重大過失，亦自不能不令其解職；特此項解職之宣告，須經嚴重之手續，初非行政機關所能自由決定耳。

其二，法官的免職及停職　在一般國家，法官如有重大的過失必須經過嚴重

的手續始能免職，非如普通行政官吏，僅依行政長官之自由裁量而得免職。在英美等國，高級法院的法官之免職，必須經由議會之一種干預：依據英國法律，法院法官須經議會兩院向國王提出免職之請求時，始得免職（但英之此制亦只適用於高級法院之法官，其地方法院之法官亦尙無此種保障）。美國憲法，對於聯邦最高法院之法官，亦限定須經議會之彈劾始能免職（美憲第三章第一節）。此類手續至爲嚴重，自難適用於一切法院之法官。歐洲大陸諸國雖不採用此種嚴重手續，然亦大率限定法官之免職，須經法院之裁決：例如法比兩國，以最高法院爲各級法院的法官之懲戒機關，凡法官之免職，俱須預經最高法院裁決，是。德國一九一九年新憲法亦規定法官非依法律所規定之手續與免職理由，並經法院裁決，不得免職（該憲第一百〇四條）。

復次，行政機關如保有自由停止法官職務之權，則法院之法官，仍或不免隱爲行政機關之勢力所左右；行政機關，對於特種訴訟案件，如欲排除異己之法官，亦或

不免以行使停職權爲手段。以故在一般國家，不獨法官之免職須經法庭之裁決，即法官停職之宣告，亦須經同樣之手續（比德憲法俱設有此項規定。）

其三，法官的轉職。轉職這個名詞，可有廣狹二義：依其狹義，轉職或僅指轉任同級之職務而言。就廣義言，轉任同級之職務固得稱爲轉職，則即轉任低級或高級之職務亦得稱爲轉職。行政機關對於法官如果有自由令其轉任同級，低級，或高級職務之權，其結果亦大足影響法官之獨立。蓋法官之升職，如出自行政機關之自由裁量，則因其希冀升職之故，便或不免時有阿附行政機關之情事。如果行政機關對於法官之降職或調任同級的職務，亦享有自由決定之權，則行政機關之轉職處分，實際上尤或不免同於免職；因爲所轉之職有時或爲當事法官之所大不願。以故列國憲法對於法官轉職手續，大都設有須得本人同意之條件；即法官之升職處分，亦往往不完全付諸行政機關而付諸行政機關與法院所合組之機關；法國現制便係如此（一）

其四，法官的薪俸。欲保持法官之廉潔，自不能不注意法官之生活問題；以是列國法律，對於法官之薪俸，往往特別提高。不但如此。有些國家，爲防行政機關或立法機關，憑藉罰俸減薪等權以搖撼法官之獨立，適有於憲法內明定法官薪俸不得由行政機關變更者（例如比國憲法）；甚或規定法官在任中，無論何項機關（包括立法機關）俱不得減少其俸（美國憲法便如此規定。）

民國元年臨時約法第五十二條規定『法官在任中不得減俸或轉職；非依法律受刑罰宣告或應免職之處分，不得解職。懲戒條規以法律定之。』準斯規定，免職係以經由刑事法庭宣告，或經由法官懲戒機關依法官懲戒條規宣告者爲限；至於減俸或轉職，則在絕對禁止之列，卽刑事法庭或法官懲戒機關亦不得宣告此項處分。就理論言，減俸誠當絕對禁止而不宜採爲懲戒之方法；但轉職之宜否用

註㈠ 法制，法官之升遷由司法部與最高法院合組之委員會決定之 Esmein, Droit Constitutionnel, 1921 t. I, 第 525 頁。

爲懲戒處分（此係指由高級官職轉任低級官職而言）或尙不無討論之餘地；且轉職之名詞，如果兼指轉任同級或高級之官職而言，無論如何固不能絕對禁止，而只能設定須經本人同意之條件。（依法院編制法，第一百二十一條及一百二十五條之規定，則減俸與轉職亦俱可爲懲戒處分，蓋顯然與臨時約法之規定衝突。）

三　法院獨立之其他條件　從以上所述的兩項問題——法官之任用與法官保障——已可概見列國憲法或法律，對於法院之獨立，如何設法保持。如更仔細推究下去，列國憲法或法律之所恃以保障法院獨立者往往尙不止此。如禁止對於任何一個特殊案件，設置一個特別法庭，以行使審判（德國及其他若干國家之憲法俱有此種禁止；）禁止議會自以議決案判決普通犯罪案件（美國憲法）禁止法官兼任任何行政機關之職務等等條件，其目的亦俱在保障法院之獨立。

第三節　法院司法權的範圍

法院的司法權，應否涉及憲法之解釋？　普通法院的司法權，應否於普通訴訟而外，涉及行政訴訟？　這是關係法院職權範圍的兩個首要問題；列國憲法往往亦於憲法中有所規定。　茲約略說明關於這兩個問題的理論與實例。

第一目　憲法解釋權

列國實例，有不承認法院享有憲法解釋權者；有承認法院享有此權者；即在承認法院享有憲法解釋權的國家，法院憲法解釋權之範圍，彼此亦殊不一致。　綜括起來說，承認法院享有憲法解釋權，不外是承認法院享有『否認』或『撤銷』違憲的法律或命令之權。　這個定義有三點須要注意：第一、法院的憲法解釋權，是用以制裁違憲的法律或命令的。　然則何謂違憲的法律或命令？　第二、制裁的方法，在列國制度中，有僅認法院得行使『否認』權者；亦有承認法院得行使『撤銷』權者。　然則『否認』與『撤銷』之別究竟何在？　第三、在某種國家中，受法院憲法解釋權支配的，或限於違憲的命令；在其他國家，卻又有令違憲的法律，與違憲的命令，同

受法院制裁的。究竟法律應否亦受法院憲法解釋權之支配？茲就此三點分別說明之。

一 何謂違憲 欲考究一種法律或命令是否違反憲法，所應注意者不外兩點：一為法律或命令之成立，曾否具備憲法上所規定之條件。例如法律之通過議會曾否違反憲法上所規定之程序，與憲法所規定之票數；命令之頒布，曾否違反憲法所規定之手續，是。這是法律或命令的形式問題。二為法律或命令之條文，有無違反憲法條文之規定。這是法律或命令的實質問題。嚴格地講，形式的違憲與實質的違憲固同為違憲；倘認法院應享有憲法解釋權，則形式上或實質上違憲之法律或命令，便俱須受法院解釋權之制裁。但許多德國學者，都以為法院就令享有憲法解釋權，亦只能審查法令的實質是否違憲。至於形式上的違憲問題，則非法院所當過問；因為法律或命令，在議會或行政機關所經過之程序，是否具備憲法所規定之條件，事實上往往非法院所深知，抑且非法院所能依其法權而徵考。

以是衆多德國學者以爲凡經行政元首正式公布之法律命令，其形式問題便應認爲已經確定，法庭不當再行過問。但一部分德國學者對於此種意見，亦不無異議。求諸列國實例，亦從無以明文區分違憲的法令爲形式的違憲與實質的違憲者。

二 『否認』與『撤銷』之別

倘承認法院享有憲法解釋權，則法律或命令經由法院判決，認爲違反憲法時，其結果究當何若？將認法院之判決，僅能否認該項法律，或命令耶？抑認法院之判決，可以撤銷該項法律或命令耶？所謂否認，便卽拒絕執行該項法令之謂，所謂撤銷便卽使該項法令完全消滅之謂。

美國是承認法院享有憲法解釋權的最著之一國。美制便只承認法院之判決，僅能否認違憲的法令而不能使之撤銷。在此種制度之下，法院判決之效力，將僅及於其所判決之本案，而不能影響於違憲的法令之繼續存在。換言之，美國法院於受理訴訟案件時，雖能否認違憲的法律或命令，然此類否認，祇能使該項法律

或命令，對於本案，不能發生效力，並不能使該項法律或命令，從此再不能執行；因爲該項法律或命令，在法律上並未消滅。㊀　事實上此種曾經美國法院認爲違憲之法令，自然要受重大打擊，或且等於撤銷，然此究只是事實如此。

反之，如承認法院之判決，足以撤銷違憲之法令，則法院之判決，直令該項法令，不能繼續存在，或繼續執行；其判決之效力，蓋不僅影響於所判決之本案已也。求諸列國憲法，斯亦不無實例：　有授法院以直接地撤銷違憲的法令之權者，如法國第一次共和之第八年憲法(La Constitution de I' An VIII) 承認『護法元老院』Sénat Conservateur　之決定，得以直接地撤銷違憲的法律或命令，是（該憲所設立之『護法元老院』雖非一種普通法院，亦可目爲一種解釋憲法之特殊法院。）㊁

註㊀　Bryce, The American Commonwealth, Chap. XXIII.

註㊁　該憲第 12-14 條　Duguit and Monnier, Les Constitutionsde la France depuis 1789, 3 ed. 第 121-123 頁。

有授法院以間接地撤銷違憲的法令之權者一九二〇年奧國新憲法之規定便係如此。 按照奧憲第一四〇條之規定，凡聯邦法律或各邦法律，經由「憲法裁判院」(Verfassungsgerichtshof) 判決，認爲違反憲法時，聯邦國務總理，或各邦之行政長官，便應將該判決公布；而該項法律撤銷之時期，亦自此項公布之時期起算。 此項規定，雖不承認法院得自行宣布法律之撤銷，然法院之判決，固亦能强制行政機關不能不爲撤銷之宣布。

以上爲奧美兩制之別，亦卽所謂否認與撤銷之別。 至於兩制之優劣，卻不易爲概括的論斷。 贊賞美制者，僉以爲美制，在理論上，在實際上，俱有一種特長。 在理論上講，法院之判決，既僅能否認違憲的法令對於本案的適用，並不能撤銷該項法令，則法院之行使憲法解釋權，便可逃脫一個重大的嫌疑—卽司法侵犯立法之嫌疑。 在實際上講，法院之判決，既不能撤銷法令，則雖法院行使憲法解釋權，亦或不至誘起議會或其他機關之激烈反抗。 然就他方面看去，美制亦自有其弱點：

蓋法令之經由法院認爲違反憲法者既獲繼續存在，則政府方面便或不免蔑視法院之判決，而繼續執行其法令。 自然，凡受該項法令之損害者，亦可隨時提起訴訟，以對抗該項法令；然提起訴訟，已是一件耗費時間的事，而且訴訟之結果，亦或不能預計，因法院之解釋，前後亦或不盡一致。 故法院之憲法解釋權應限於否認，抑應擴充而至於撤銷，在理論上確難下一個抽象的斷語。 我們所能說的，似不過如是：如法院能在社會上享有重大的權威，則授以撤銷權與否，實際上或者俱無不可；然此種權威，每非旦夕可以造成，如一時不能希冀法院有此重大權威，則與其遽授法院以撤銷權以致法院嘗有舉鼎絕臏之虞，倒不如僅授法院以否認權，俾得和緩的匡救法令之過失，而又不致惹起外方之猛烈反抗。

三　法院應否有否認或撤銷違憲的法律之權　有些國家的憲法，對於法院的憲法解釋權問題，全未規定；因之法院對於違憲法律或命令，俱不敢根據憲法條文以與之對抗。 有些國家則承認法院僅能否認行政機關違憲的命令，至於議

會之法律則無論違憲與否，法院但當執行而不能否認。（瑞士憲法第一一三條之規定，涵義便顯然如是。）其他國家之承認法院享有憲法解釋權者，卻大都承認違憲的法律與違憲的命令，俱受法院憲法解釋權之制裁。歷來反對法院享有憲法解釋權之人，實際上亦只在反對法院享有否認或撤銷違憲的法律之權。此種反對，似有次之兩種理由：

其一，以為承認法院得以否認或撤銷違憲的法律，便承認法院得以侵犯立法機關之立法權；與三權分立之原則不無矛盾。然主張法院應享有否認或撤銷違憲的法律之人，卻不見得能為此層理論所折服。姑無論三權分立之原則，不能嚴格地採用，即認此項原則有嚴格採用之必要，然授法院以否認違憲的法律之權，甚或授法院以撤銷違憲的法律之權，究只是以法院間接地或直接地牽制立法權之行使，並非以法院行使立法權，固不得遽謂三權分立之原則，因是而遭破壞。反之，如純以三權分立之原則為論據，則主張法院應有憲法解釋權者之議論，轉似無可

置答：蓋法院既爲解釋法律的機關則依三權分立之原則，法院之解釋權，自須涉及一切性質之法律—普通法律與憲法—便不應將憲法解釋權除外；而以之授諸議會或其他機關。

其二，以爲議會爲民意機關，法院爲官吏機關，如授法院以否認或撤銷違憲的法律之權，便無異以官吏機關對抗民意機關，以官吏的意志，對抗民意。此層理論亦不見得毫無反駁之餘地。蓋議會的法律，可謂爲民意的表示，憲法亦爲民意的表示；且就理論言，法律與憲法，雖同爲民意之表示，而民意之表現於憲法者，其權威固應高於法律。果爾，則法院之行使憲法解釋權，仍只是以最高民意機關之意志，對抗普通民意機關之意志，其與以本身意志，對抗民意機關的意志者，亦自有別。

反對法院享有否認或撤銷違憲法律權之人，亦有撇開以上諸種抽象的討論，而純從實際上立論者。此派以爲法院權威，倘未臻特殊程度，則法院對於憲法之解釋，將不能折服議會與其他方面之人心，甚或惹起議會的積極的反抗，以致無可

收拾。依着此派的意見，解釋憲法之權與其授諸法院，毋寧畀諸議會；因議會既爲民選機關，其權威與信用，當較法院爲閎厚；因是，彼之解釋，應亦比較的能折服一般之人心。此層意見吾人誠不能完全否認。然此層意見，究只具相對的真理。何則？第一，此層意見亦只適用於法院威信薄弱之國家，並不適用於法院威信較厚之國家；此則主張此種意見者已自承認，無待贅論。第二，此層意見，縱能適用於單一國家，亦難適用於聯邦國家。此層事實，雖亦淺而易見，然不能不爲相當之說明：單一制之下，中央與地方之權限，原只由普通法律規定，而不假憲法規定；由是，如授中央議會以解釋憲法權，無論如何，卻不至因中央議會之解釋憲法而引起中央與地方權限之爭。**聯邦制之下中央與各邦之事權，固皆由憲法劃定；如授聯邦議會以解釋憲法權，便卽授聯邦議會以侵犯各邦權限之重大機會，在原則上，既與憲法上劃分中央與各邦權限之原本精神相矛盾，在事實上，亦極易引起中央與各邦之衝突。**聯邦法院雖亦爲中央機關，然聯邦憲法所劃分之事權，最重要而最易

誘致糾紛者，究只是立法權與行政權而非司法權。以是，憲法解釋權之屬諸聯邦法院，縱不認爲必然之解決，殆亦不能不認爲比較適當之解決，因爲聯邦政府之其他機關，——立法機關與行政機關——既皆不免爲憲法解釋問題中之重大關係人，自皆不宜身當解釋之任。

然一般論者，於此又嘗援引瑞士制度，以爲反辯之口實。他們以爲瑞士與美國，在現代國家中，殆俱爲採用聯邦制度而成効卓著之國，然對於憲法解釋權問題之解決，瑞美卻背道而馳：美以此權授諸法院，而令法院得根據憲法以否認聯邦議會之法律；瑞士則以此權授諸聯邦議會，而不許法院根據憲法，以否認聯邦議會之任何法律。論者以爲瑞美之解決雖異，然就其實際的成效而言，卻有異曲同工之妙；足見憲法解釋權，即在聯邦制之下，亦無授諸法院之必要。

此層議論，在衆多人士的觀察中，是一種很有力量的議論。但是，我們如將瑞士制度的全體，仔細加以分解，便知瑞士之不授法院以否認聯邦法律權，實有其不

必授法院以此權，與不宜授法院以此權之特殊原因。此則許多論者，嘗不免輕輕看過，而有特別說明之必要：

瑞士聯邦議會之法律，依其聯邦憲法第一一三條之規定，雖不受法院之制裁，然聯邦議會所通過之法律，固仍受他種外力之制裁。所謂他種外力，卽瑞士公民，與瑞士諸邦政府之要求公民複決權，是。按照瑞士聯邦憲法第八九條之規定，聯邦議會所通過之普通法律，如經三萬公民之要求，或經八邦政府之要求，便須提交公民複決。在此種條文之下，聯邦議會之法律，如有違反憲法之嫌，普通人民或諸邦政府自可訴諸全國公民團體；由是憲法之權威與諸邦之權限，便不必因聯邦議會之保有憲法解釋權而遽遭侵犯；因爲聯邦議會之憲法解釋權，事實上仍受全國公民團體之制裁。以是之故，瑞士憲法便無復授法院以否認聯邦法律權之必要。

復次，瑞士聯邦憲法，對於聯邦法律旣經採用複決制，則授法院以否認聯邦法律之權，事實上便或不免發生一個重大困難：蓋聯邦法律之經由公民複決者，亦

或不免與憲法條文發生牴牾。法院享有否認聯邦法律之權，其於此類法律，又將何以自處？ 容認之耶？ 是直放棄其憲法解釋權。 否認之耶？ 是直與現時人民所直接表示之意志宣戰；其與否認議會獨自制定之法律亦自有別。 故一面採用複決制，一面又授法院以解釋憲法權，實際上將令法院難於自處，將令法院之獨立與尊嚴，無由自全。 以是之故，瑞士憲法，不特無授法院以否認聯邦法律權之必要，抑且有不宜復授法院以此權之勢。

由上所述，從知瑞士憲法，原有公民團體，爲其最終之解釋人與監護人；瑞士法院之不必賦有不宜賦有此種解決權，與此種監護責任者，亦卽以此。 然公民複決制初非可行於一般的國家，其能採用此制之國家，亦不見得能以此制適用於普通法律。 果爾，則關於憲法解釋權問題之解決，殆仍不能不酌採美制。

以故現時聯邦國家除瑞士外，幾無不授法院以憲法解釋權，而令法院之解釋，得以影響聯邦法律之效力。

中南美諸聯邦國家之模倣美制，自不待言；阿根廷，巴西，墨西哥諸國之憲法，俱有模倣美國現行制度之明文。㊂ 英屬自治殖民地中之坎拿大與澳大利亞，亦皆爲摹擬聯邦制者，其中央法院，亦皆享有此權。㊃ 歐洲大陸之諸聯邦國家，——瑞士，奧國，德國——曩雖俱不承認法院享有此權，今則奧國於其一九二〇年新憲法，亦已設爲特殊法院，行使此項解釋權矣。㊄

民國元年臨時約法對於憲法解釋權問題毫未規定。 民國十二年中華民國憲法對於此問題雖設有規定，然其規定亦極欠明顯與完善：

註㊂ 一八六〇年阿根廷憲法第一〇一條；一八九一年巴西憲法第六十條；一八五七年墨西哥憲法第一九一條。

註㊃ Keith, Responsible Government in the Dominions (1919) Vol. II, 第 750—751 及第 886 頁。

註㊄ 一九二〇年奧國憲法第八九，一三八，一三九，一四四諸條。

依照該憲法關於最高法院的職權諸條(第二十六條及第二十八條)及其關於法律的效力之條文(第一百八條)而爲綜合的解釋,最高法院似亦可否認中央法律;然據該憲起草者對於該憲第一百三十九條及一百四十條之規定所提出之說明,則法院之不能否認中央法律,固又確然爲該憲起草者之本意。 該憲起草者之本意,在不以憲法解釋權付諸法院,而以之付諸制憲機關。㈥ 以是,該憲第第一百三十九條及第一百四十條乃有次之規定:

第一百三十九條　憲法有疑義時,由憲法會議解釋之。

第一百四十條　憲法會議,由國會議員組織之。 前項會議非總員三分二以上之列席,不得開議;非列席員四分三以上之同意,不得議決。 但關於疑義之解釋,得以列席員三分二以上之同意決之。

這種規定,果是一種圓滿解決耶? 我們不能無疑。 在該憲起草諸人,自然以

註㈥　吳宗慈,中華民國憲法史上編第 75—76 頁。

爲這是極合邏輯的解決因爲以憲法解釋權，還諸造憲機關，形式上是很合邏輯的。然在我們的見解之下，這種規定恐不獨不能稱爲完滿，且恐不能稱爲一種解決：因在此種規定之下，國會所通過之普通法律，就令牴觸憲法，亦或不能受憲法會議的解釋權之制裁。 何則？ 一種法律既經通過國會，其於上下兩院，自各有過半數的議員之擁護；由是，無論何人，於該國會任期以內，殆不能希冀憲法會議能行使憲法解釋權，以推翻該項法律；因憲法會議，原只是國會上下兩院之聯合會，而關於憲法之解釋，復須該會議出席人員三分二以上之同意故也。 反之，如後任國會中，能有過半數之議員，反對該項法律，則欲撤銷該項法律，固又只須由該國會依普通立法程序廢止該項法律，初無乞靈於程序較爲艱難的憲法會議之必要。

綜之，如認國會的法律，無論違憲與否，俱不應受任何制裁，則已；否則即謂該憲關於憲法解釋權之兩條規定，幷不算一種解決，並非過言。

第二目 行政訴訟裁判權

一　行政訴訟的意義　行政訴訟之裁判權，應屬諸普通法院，抑應劃歸普通法院以外之其他機關，是一個頗費爭辨的問題。欲了解列國制度對於這個問題解決之如何互異，自須預先了解行政訴訟這個名詞的意義。

在行政訴訟與普通訴訟一概劃歸普通法院管轄之國家，法律上便無行政訴訟這個專門名詞。行政訴訟這個名詞，只存於行政訴訟裁判權脫離普通法院而獨立之國家。但是雖在這些國家內，行政訴訟這個名詞的範圍，亦不完全一致；因爲這些國家的行政訴訟裁判機關所能受理的訴訟，範圍並不完全一致。但是就大體而言，我們可以說，行政訴訟係對於官吏違法的行政行爲而提起之訴訟。所謂行政行爲，即公的行爲，即官吏依其官吏資格而發生之行爲；如官吏對於人民或其他官吏所下之命令或處分是。此等命令或處分如果違法，即得構成行政訴訟。行政訴訟可以發生於行政官吏與行政官吏之間，亦可以發生於行政官吏與普通人民之間；因爲此等處分或命令，有時可以侵犯其他行政官吏之權利，有時可以侵

犯私人之權利。

二　英美制與歐洲大陸制　英美制行政訴訟與普通訴訟，概歸普通法院管轄；普通法院之外，不另設特殊行政裁判法院以行使行政訴訟之裁判權。　歐洲大陸諸國——如德意法等國但比國爲例外——大都採用行政訴訟裁判權獨立之制。　斯制肇始於法蘭西之第一次大革命。　但行政訴訟裁判權之在法國，其初亦只脫離普通法院，並未脫離行政機關；今則法國行政訴訟裁判權，已脫離行政機關與普通法院而獨立；因爲行政訴訟，須由特設之行政裁判機關處理；此種裁判機關之裁決，不復受行政機關或普通法院之變更。　此種裁判機關，含有富於法律知識與行政經驗之兩種人才，與普通法院通常僅由法律一方面之專門人才構成者，不無區別。　雖則法國此種機關之人員在法律上尙由行政機關自由進退，實際上彼等之獨立，亦已爲一般所公認（在歐洲大陸其他諸國——例如普魯士——行政裁判機關之人員，即在法律上亦不得由行政機關自由解職，而與普通法院之法官

享有同等的保障。）

主張英美制者，大率不外兩層理由：一則以爲行政官吏之違法行爲，如果不與私人之違法行爲，同受一種法院之管轄，則與法律平等之原則，不無相背。一則以爲普通法院實際上較能保障人民之權利。主張行政裁判權獨立者，亦有數種理由：一則以爲行政訴訟之裁判權，如果屬諸行政機關，則是裁判者與被裁判者，同屬一個機關（因爲行政訴訟既是行政官吏與行政官吏之訴訟，或行政官吏與私人之訴訟，訴訟當事者之一方便永永含有行政機關之分子），公平極難實現。以是行政訴訟必須脫離行政機關而獨立。這層理由是無人否認的。一則行政訴訟之裁判權，如果屬諸普通法院，他們亦認爲在原則上及實際上均有未當。在原則上講，他們以爲行政官吏之行爲如果要受普通法院制裁，便不免違反三權分立之原則。這層理論，卻不見得是一般人所能贊同的。在實際上講，他們以爲行政訴訟性質，至爲複雜，審理之人，不僅需要法律知識，抑且需要行政經驗；普通法院，大

都。缺。乏。富。於。行。政。經。驗。之。人。才，以。之。處。理。行。政。訴。訟，殊。難。勝。任。愉。快；倘彼等行使裁判之時，一味泥守律文，則行政機關的行政政策，尤要遭受不當的妨害。這層議論，我們卻不能不認爲具有相當的勢力。晚近以來，列國行政機關所處理之事務既日趨繁複，行政訴訟之需要特殊行政知識，自亦較前倍增；以故雖在英美等國，近來亦不能不設立特種行政委員會，以處理關於特種行政的爭訟事件（如鐵路行政，關稅行政之類，是。）

凡上所述，祇是就行政訴訟的裁判機關問題而略述英美制與歐洲大陸制之差異；實則此兩制之差異，尚不僅在裁判機關問題；卽就裁判之原則，與裁判之效果而言，彼此亦大不一致；例如對於官吏侵權行爲，法制有時得由行政裁判機關判令國家賠償，而英國法院則僅能判令當事之官吏賠償；對於行政官吏的違法命令，法制得由行政裁判機關撤銷或變更，英國法院則僅能拒絕執行；等等皆是。欲詳究英美制與歐洲大陸制之差異，此類問題自亦不容抹視；惟此類問題之說明，大體上

屬於行政法範圍，故不具論。

民國元年臨時約法係採用行政裁判獨立之制，觀該約法次列各項規定自明：

一、人民有訴訟於法院受其審判之權（第九條）。

二、人民對於官吏違法損害權利之行爲，有陳訴於平政院之權（第十條）。

三、法院依法律審判民事訴訟及刑事訴訟但關於行政訴訟及其他特別訴訟，別以法律定之（第四十九條）。

爾後，平政院卽係依據約法上項條文而成立之行政訴訟裁判機關（關於平政院之組織，則有民國三年平政院編制令爲之規定；關於行政訴訟之範圍，程序，效果，則有民國三年行政訴訟法爲之規定）。

民國十二年中華民國憲法係採納英美制；與臨時約法相反。該憲第九十九條規定，「法院依法律受理民事，刑事，行政及其他一切訴訟；但憲法及法律有特別規定者不在此限。」

第四章　聯邦制度

本編以上各章所述，只是中央各機關的組織及其相互關係。至於列國中央與地方之關係則未論及。本章特取聯邦制度加以解釋，卽欲因以闡明列國中央與地方之關係。

第一節　聯邦制的特性

人類聯治組織之形式，本有多種，今之所稱爲聯邦制，亦只是人類聯治組織之一種形式。且此種形式亦非肇端於近代；在耶穌紀元前四世紀期內，當吾國東周戰國時期，聯治形式之組織，卽已風行於希臘諸市府國家間；而據近人研究之所得，當時諸種聯治形式之組織，並有確與今人所稱爲聯邦制相同者。以故歐洲文化

之曙光實兼純粹民治制度與聯治制度，非如吾國數千年之歷史有封建制，與集權制，而無聯治制，有君主獨裁制而無民治制度。近代聯邦制之普及，北美合衆國實造其端。

就史實上觀察，聯邦制之產生，有係由分而合者；亦有係由合而分者。數種獨立的民族或國家，往往因抵抗公同的外侮而成立聯邦（或其他聯治形式）之組織，此種民族或國家，彼此之間，嘗有宗教或種系相同等事實，使之趨於聯合；復有其他事實（例如地理上之障礙）使之不能成爲單一國家。此爲由分而合之聯邦國家。大多數之聯邦國家，都是這樣產生的。亦有單一國家，或因版圖之擴充，行政上發生地理的障礙，或因國內各地方團體，因種族，宗教，或其他問題，發生情感上利害上之衝突，遂不得不改組聯邦，冀以增加行政的效率，或避免完全分裂者。巴西與墨西哥之聯邦組織，便係這樣產生的。此爲由合而分之例。

然則聯邦制之特性，究竟何在？

我們推究聯邦制的特性，只是推究聯邦制所獨有的條件，一切非聯邦制所不具之條件。換句話說，我們所推究的只是聯邦制對於非聯邦制之異點。非聯邦制之政治組織固亦甚夥，然而我們所須討論的，實際上卻亦只有兩個問題：一爲聯邦國與邦聯之異，一爲聯邦國與單一國之異。以下我們便分別討論這兩個問題。

第一目　聯邦制與邦聯制的差別

『邦聯』(Staatenbund, Confederation, Confédération d'Etats) 與『聯邦』(Bundesstaat, Federal State, Etat Fédéral) 這兩個名詞，都只是一種政治制度名詞。凡採用邦聯制或聯邦制者，初不盡名其組織曰邦聯或聯邦。自十六世紀以迄今茲，邦聯或聯邦之先例而爲一般所公認者，殊爲不少。邦聯則有荷蘭聯省共和國(1579—1795)；一八四八年以前之瑞士邦聯；一八六六年以前之德意志邦聯；美十三州獨立時之美州合衆國(1777—1787)，南北美戰爭時，美國南部諸省所組

織之美州邦聯（1261—1865）。 依着我們的見解，今之國際聯盟，在法理上，實亦不失爲邦聯之一例；今之蘇俄，在法理上亦只是一種邦聯。 聯邦之例，尤爲衆多，今之美德與瑞士巴西阿根廷菲利佐那以及其他南美中美若干邦，皆是；英屬坎拿大澳大利亞，雖非獨立國家，然其內部組織，亦確具聯邦性質。

邦聯與聯邦之先例既如此其衆，彼此差異自然很多。 然則究何所據以爲二者區別之標準？ 茲取諸種學說而頗具勢力者簡爲評論之。

其一，以爲一種聯治組織之爲邦聯或聯邦，當視中央政府之權力，能否直接及於各邦之人民。 詳言之，凡中央政府之命令，僅能直接及於各邦邦政府而不能及於各邦人民者，爲邦聯；凡中央政府不僅能直接向各邦邦政府發布命令，并能直接向各邦人民發布命令而強致其服從者，謂之聯邦。

既成一種聯治形式之組織，中央政府之活動，自然以不完全倚賴各邦政府爲宜；蓋中央政府之命令，如須完全倚賴各邦政府之代爲執行，事實上中央政府之行

動，將嘗陷於極端遲鈍，極端軟弱之境況。　在邦聯的組織之下，因中央機關之組織，嘗不十分完備，而各邦政府，對於中央，又每每懷一疑懼之見，以是邦聯組織之下，嘗不令中央政府，有廣大的直接命令各邦人民之權。　然實亦不過較諸聯邦國的中央政府之直接命令權為狹隘耳；必謂邦聯制之下，中央毫無直接命令各邦人民之權，則與事實大背。　何則？　第一，就一般學者所公認之各種邦聯先例考之，其中央政府之軍事官吏，固皆享有直接命令各邦人民之權。　復次，有的邦聯，且於軍事問題之外，尚承認中央政府之權力，對於其他若干事件亦得直接及於人民；例如美十三州獨立初期所組織之邦聯，承認中央政府關於貨幣郵政，度量衡等事件，得向人民直接行使職權；㊀ 又如從前德意志邦聯，承認中央議會得直接受理人民之訴訟，㊁ 皆是。

註㊀　Hamilton, The Federalist, No. 40.

註㊁　Le Fur, Etat fédéral et Confédération d'Etats (Paris), 第 508 頁。

由此看去，如以中央得向人民直接行使職權與否，爲聯邦與邦聯區別之標準，則此兩制之差異，實亦不過一個程度問題。　故向人民直接行使職權之條件，不得認爲聯邦制之基性；因此項條件，事實上原非聯邦制之獨有條件而明明爲聯邦與邦聯所共有的條件也。

其二，以爲邦聯與聯邦之別，繫乎中央職權之範圍。　依據此說，則凡以一切外交權，——卽宣戰，締約，使節諸權——完全歸諸中央者，謂之聯邦，凡中央政府對外無完全之職權者，謂之邦聯。

凡屬聯治形式組織，對外事權自宜統一；然揆諸實際，則外交權之未能完全統一，固不獨邦聯爲然，在大多數之聯邦國家，各邦政府，亦常保留幾分重要的外交權。如德國自一八七一年直至最近憲法改造之長期間內，各邦政府，除以宣戰權完全讓諸中央而外，而仍保留遣派公使及若干分締結條約之權，卽最著之一例。　反之，如美十三州獨立初期所組織之邦聯，及南北美戰爭期內美國南部諸省所組織之

邦聯各邦政府所保留之外交權，轉遠不逮德之諸邦。 以故外交事權之統一，無論在政理上如何重要，而衡以諸聯邦及邦聯之現實法，實未嘗爲聯邦制度之特徵；如必以此爲言，則聯邦與邦聯之差別，充其量亦不過一個程度的差別。

其三，以爲邦聯與聯邦之區別，繫乎中央政府之組織。 奧國學者柏倫知理(Bluntschli)卽持此種見解之一人。 本此見解，則凡中央政府之機關殆不外一種議會，一種『代表會議』(Gesandtencongress)者，謂之邦聯；而聯邦國家之中央政府，則備具立法，行政，司法之三種組織。

在許多的邦聯組織之下，中央機關之簡單，本屬事實。 然此種簡單狀況，就政理言，固屬重要，——因此種簡單狀況，或不免令中央政府陷於十分柔軟地位——就法理言，卻不必卽爲邦聯與聯邦根本差別之所在；質言之，邦聯中各邦之法律上地位，與聯邦中各邦之地位，初不必因此而發生根本差異。 然此猶僅就理論一面而言。 徵諸成例，柏氏諸人之說，亦初非盡與事實一致： 往者南北美戰爭期內，南方諸省

所組織之邦聯，固顯然備具立法，行政，司法之三種組織，與美國今之組織宛然相類，初不聞論者目之為聯邦；即荷蘭聯省共和國亦有完備之立法與行政兩項機關；其所缺者，不過一種中央法庭而已。 然中央法庭之不存在，又豈獨邦聯為然耶？德自一八七一年，即羣認為聯邦矣，然德在一八七七年以前，亦無聯邦法庭；瑞士自一八四八年亦羣認為聯邦矣，然瑞士直至一八七四年憲法修正而後，始有一個嚴格的聯邦法庭。 如以中央機關組織之完備或簡單，為聯邦或邦聯區別之標準，則又何以解於以上之諸例？

其四，以為邦聯與聯邦之別，存乎中央憲法修改之手續。 依據此項議論，凡屬聯邦制，其憲法之修改，便無須各邦全體之一致，而邦聯制之憲法，則非各邦全體同意，不能修改。

斯說實較以前諸說，為漸近真理，而其勢力，亦似遠在上述第二第三兩說之上。然此說終亦不過漸近真理而已。 何則？

就實例言，邦聯之中，初未始無拋棄全體一致之原則，而採取多數取決之手續者，南北美戰爭期內南部諸省之邦聯組織法，即僅採用多數取決以爲修改之條件。今之國際聯盟，固無人自爲嚴格之聯邦，然國際聯盟約章第二十六條，對於該約章修改，亦只採用多數取決之原則。反之，聯邦國家中亦非絕無採納全體一致的原則之先例。德國一八七一年憲法第七十八條，規定憲法之修改，如涉及某某數邦之特種權利時，則非得該邦之同意，不能成立。此種規定，實拔之與全體一致之原則，精神蓋趨一致。

就理論言，論者之注重全體一致與多數表決的規定，無非謂採用全體一致之原則，則各邦邦政府尚保有完整之獨立與自由；採用多數表決制，則各邦邦政府之獨立與自由便受限制。吾人亦承認聯邦與邦聯之別，確在邦政府之保有完全獨立與否；故認此第四說爲漸近眞理。然邦政府獨立之保持，就形相言，雖宛若全賴全體一致之原則，實則邦政府之獨立是否完整，尚賴一種較重要的條件：這個條

件，便是邦政府之『分離權』(Right of Secession)，質言之，卽邦政府自由脫離全體組織之權。　使各邦政府而享有此權，卽令採用多數表決之原則，仍屬一種邦聯；美國南部諸省曩所組織之邦聯，雖採多數表決之原則，而仍不克爲聯邦者，亦正因各邦之保有分離權。　蘇俄一九二四年新憲法第二節第四款，明認各邦有自由脫離之權；以故，我們認蘇俄之政治組織只是一種邦聯。　使各邦政府而無此權，縱令採用全體一致之原則，而其獨立與自由，仍不得謂爲完整。　何則？　蓋中央政府雖不能違反任何邦政府之意志，變更原來之憲法，然邦政府對於原來憲法上之義務，仍無合法手段，可以自行解除故也。

徵諸過去及現在諸邦聯及聯邦之現實法，分離權之保留問題，亦確爲邦聯與聯邦根本區別之所在。　凡屬邦聯組織，其中央組織法或則對於各邦分離權之保留，以明文爲之規定，如一八六一年美國南部諸省曩所組織之邦聯，及英國澳大利亞諸邦於一八八五年所組織之邦聯；以及今之國際聯盟與蘇俄，皆是；或則對於分

離權問題，不以明文規定，而僅存於各邦默認之中；蓋以明文規定，刺激性自較深厚，各邦或不免過於傾向分離之一途。 反之，凡屬聯邦國家，其中央憲法，蓋無一明白承認各邦之保有分離權者；且不特不以明文承認此權，並以明文承認中央政府，有以實力強制執行中央法令之權。 準斯規定，則凡中央法令，如係經過合法手續而成立者，卽不問任何邦政府之是否同意，而當責其執行；各邦政府既不保有分離權，亦卽無從解脫；如彼擅自宣告分離，中央政府卽得以全體之實力強制其執行。 此種原則，實存於近代一切聯邦國家之憲法中，就中尤以德國一八七一年憲法與一九一九年新憲法以及美國聯邦憲法之所規定，最爲剴切著明。㈢ 故以分離權之

註㈢ 德國一八七一年憲法第十九條規定中央政府對於不履行憲法上義務之各邦得施以『強制執行』(Exekution)；其一九一九年新憲法第四十八條亦設有相似之規定。

美國憲法第一章第八節第十五款承認聯邦有決定召集國民軍以執行中央法律，平服革命，抵抗攻擊之權。 此項規定，本已深切著明。 然一八六一年美之南部諸省仍自認彼等在憲

保有與否，爲聯邦與邦聯區別之標準，史實上幾無例外。

多數聯邦論者，認聯邦與邦聯之分，全視各邦之是否完全獨立：換言之，卽是否保有主權。以是主權之屬於各邦抑或屬於全體，乃爲多數聯邦論者劃分邦聯與聯邦之標準。惟是主權這個名詞，頗含歧義。分離權之保留，又實卽各邦所以保持完整獨立之具；實卽主權之特徵。茲故不羼入主權說，以省卻許多對於主權本性之討論。

對於以上所述，茲總結一句：聯邦與邦聯比較，聯邦之特性，消極言之，則爲**各邦分離權之不存在**；積極言之，則爲**中央對於各邦之享有強制執行權**。

民國十二年中華民國憲法第三十五條『省因不履行國法上之義務經政府告誡仍不服從者，得以國家權力強制之』之規定，亦卽係積極的承認中央對於各

法上保有分離權，宣布脫離中央；中央政府乃以武力平之；自是而後，各邦之不能分離，亦已爲全國人士所公認。

省之享有强制執行權；而在此種條文之下，各省自然不能宣告分離。

第二目　聯邦制與單一制的差別

循前所述，聯邦國之各邦，初非獨立國家；然聯邦國之各邦，卻不因其獨立之消失，便無以自別於單一國 (Unitary State) 之地方團體。至聯邦制與單一制根本差別之所在，愚以爲純在國家事權劃分之手續上：凡屬聯邦國家，概將中央政府事權，與各邦政府事權，在憲法上劃定；以是各邦政府之事權，乃有憲法的保障；其在單一國家，無論分權至何程度，其地方團體之事權，總係經由中央政府以普通法律命令規定；以是地方團體之事權，初無憲法的保障。愚以爲許多學者對於聯邦制與單一制討論之訛誤，大率由於忽視或誤解這個異點而來。茲取諸說而解剖之，以明吾說。

其一：許多聯邦論者，俱以爲聯邦國的各邦，享有『固有權，』單一國之地方團體則否；遂羣以固有權問題，爲聯邦單一兩制差別之所在

固有權之說，首創自德國學者；嗣後美人亦有附和之者。　惟是採用固有權說者雖衆，而彼此對於固有權這個名詞，解釋卻不一致：

論者有謂固有權爲原始權者；依據此說，則聯邦國家各邦之權利，並非基於聯邦之給予，而實存在於聯邦成立以前。　德國學者拉鹿(Laband)於其所著德意志國法學(Das Staatsrecht des Deutschen Reiches)首版（第106頁以下）中卽首創此說；其他學者亦有附和此說者。　然此說之不完滿實極顯然。　如謂各邦政府之權利先聯邦而存在，因是其組織之國家便爲聯邦，則歐洲諸國中，其下級地方團體如 Commune 與 Province 之類，在歷史上先國家而存在，且享有若干固有權者，正復不少；此等國家其亦一概可認爲聯邦耶？　不特此也；聯邦國家中亦有國之存在，先於各邦者；巴西與墨西哥，卽其明例。　此等國家，俱係由單一制而改爲聯邦制；諸邦職權，固純由聯邦給予，而無固有性質之可言。　吾人又果能否認此等國家之爲聯邦耶？

實則拉氏之釋固有權爲原始權，亦只是其早年著作中之意見；其德意志國法學之晚版，對於固有權之解釋，亦已自行變更，而訓固有權爲「固有統治權」(Eigenes Herrstchaftsrecht)。依拉氏之新解釋，所謂統治權，只是『對於自由人民，或自由人民所組合之團體，命令其行爲及不行爲與强制執行之權』。所謂固有，便是不由其他機關給予之意。蓋拉氏原不認主權爲可分之物；故認主權屬於聯邦全體，認各邦僅各各享有固有統治權，因依拉氏之意，統治權卻爲可分之物也。然拉氏之所謂統治權，如具原始的，獨立的性質，則與主權性質究有何異？ 如係經由其他機關給予之權力，並不具有原始的獨立的性質，則單一國家之地方團體，又何嘗不享有此類統治權。

細而按之，聯邦國家之各邦，與單一國家之地方團體，各各有其統治權，其統治權，亦俱非固有的，而各各基於外方之給予。 所不同者，各邦之邦權，基於中央憲法的給予，各地方團體的權力，基於中央政府的普通法律或命令之給予耳。 以上關

於固有權的兩種解釋，俱昧於此義；此外對於固有權，尙有給以其他訓詁者，然其昧於此義則一，可勿深論。

其二：德國學者，有承認憲法上劃分中央與各邦的事權，爲聯邦制對於單一制之特性者；然他們卻於此項特性之外，認聯邦國家各邦之保有『自組織權』亦爲聯邦制特性之一。梅葉（G. Meyer）卽深持此說之一人；其所謂自組織權，卽各邦『以本已法律規定本身組織之權。』梅氏此說，似未免過爲本國聯邦制度之形相所拘束；蓋德國當時制度，各邦內部之組織，完全由各邦自行規定；以是各邦組織上之差異至鉅，君主制且獲與共和制（當時三自由市卽係共和制）並行於諸邦之間。然此種極端現象，在政理上講，既爲不良現象；卽就各聯邦國憲法而言，此種現象亦絕非聯邦國之普通現象。諸聯邦國爲預防種種互相矛盾之組織發現於各邦之間，大率於憲法上設相當之規定，以限制各邦之自組織權；如美國憲法

規定各邦必採共和政體，瑞士憲法不獨規定各邦須採代議式或全民政治式之共和政體，且規定其本邦憲法制定及修改之手續，皆是。 坎拿大憲法幷將各省省憲完全規定於聯邦憲法之中；以是各邦遂完全失去自行制定其組織法之權，（民國十二年中華民國憲法，地方制度章，亦將各省組織規定了一個大綱） 以故自組織權這個條件，實未嘗爲聯邦制度之基性。

除以上諸說而外，歷來學者尚有以聯邦與各邦分割主權，爲聯邦制對於邦聯及單一兩制之特性者。 但近人對於此說，既俱否認，且此說所謂聯邦與各邦之分割主權，實按之，蓋卽吾人所謂中央與各邦事權之劃分。 故此說殆無評論之必要。

循上所述，足見以上諸說之不完滿，俱由於忽視或誤解聯邦憲法上的分權問題。 實則中央與各邦事權之劃分，既存於一切聯邦國家之憲法，誠令吾人不能不認此項劃分爲聯邦制對於單一制之基性。 且此項劃分之重要，亦至明顯；蓋各邦事權既經憲法保障，乃不受中央機關之任意侵犯與變更；兼之聯邦國家率採剛性

憲法，以是憲法實際上亦異於普通法律，各邦事權所享有之憲法保障，亦非徒具憲法保障之空名已也。

民國元年臨時約法並無劃分中央與各省權限之條文；蓋顯為一種單一制之憲法。天壇憲法草案亦然。中華民國憲法卻已設有國權一章，劃定各省與中央之事權。雖則制定該憲之人仍或否認該憲為聯邦性質之憲法，而從學理上評斷，該憲固確具聯邦性質。

第二節　聯邦制的派別

用憲法來劃分中央與各邦之事權，為聯邦制對於單一制之特性，既如上述；而各種聯邦制彼此的根本差別，亦即存於這個重要的憲法分權問題上。

就列國憲法劃定中央與各邦事權之形式上看去，則有美制與坎拿大制之別；就列國憲法所劃定的中央及各邦事權之實質上看去，則有美制與歐洲大陸制之

別　茲分別說明諸制之精要與其差異

第一目　美制與坎拿大制的差別

就憲法上劃定中央與各邦事權之形式而言，美制與坎制實有兩大異點：

第一異點：　美制係單獨列舉中央事權，而以未經列舉之殘餘權歸諸各邦；坎制則雙方列舉，而以不及列舉之殘餘權歸諸中央。　本來凡當制定一種聯邦憲法之時，第一難題，便是如何能將中央與各邦事權劃清，使彼此權限上之衝突與爭執，可以減至極小限度。　美國造憲諸人，以爲國家事務，至爲繁賾，如求一一於憲法上明白規定，殆不可能；遂僅於憲法上明白列舉中央事權，而以未經明白列舉者，認由各邦保留。　以故普通稱美國中央事權爲列舉，各邦事權爲概括。　美之此制，其他聯邦國率採用之。　坎拿大造憲法諸人，卻因美國憲法間不免誘致中央與各邦權限上之衝突，遂於憲法上將中央與各邦之事權，俱明白列舉。　然列舉者究終不能包括一切事權，於是復以未及規定之殘餘權，畀諸中央，蓋坎憲之成立，恰在南北美

戰爭之後（一八六七年）造憲諸人，頗傾向集權之一面，自不願更以殘餘權歸諸各省也。　惟是坎制之取雙方列舉，原思補美制之所不逮；然雙方列舉，亦自有其困難；因甲方列舉之事權，其性質與其詞義，嘗不免與乙方列舉之事權，有互相掩映之處；由是雙方之衝突亦極所難免。　徵諸事實，坎之法庭，實已誘致許多關於中央與各省權限爭訟之事；故坎制之成績，似亦未嘗優於美制。

第二異點：　美制，中央政府之事權，兼具特有權 (Exclusive Powers) 與共有權 (Concurrent Powers) 之兩類；而坎制則令中央與各省之事權各各爲特有權。此層歧異，亦因坎拿大造憲諸人思補美制之所不足而產生。　美國造憲諸人在憲法上列舉中央事權時，初不認此項事權，概爲中央所獨有。　他們以爲中央列舉事權，實含有兩類：　其一爲中央獨能行使之職權，而爲各邦絕對不能行使者，是曰特有權；其一爲各邦在未經中央行使以前亦得行使之職權，但中央行使該項職權之後，如各邦法律與中央法律衝突，各邦法律便失其效力；此類職權，謂之共有權。　至

中央列舉事權中，孰爲特有權，則或經憲法明白聲明；或雖未經憲法明白聲明，然該種職權之本性，實不能由各邦行使者，亦是；例如美國憲法上承認中央有頒布一種全國一致的國籍法之權；既云全國一致，當然不能由各邦制定；以故此權亦屬中央特權之一種。　美之所以兼採特有權與共有權兩種原則者，蓋憲法所畀予中央之職權，中央時或不免放棄，有時因事實上之障礙，甚或宜於暫時放棄；倘將一切中央職權，概認爲特有權，則法律上之罅漏既所不免；而諸事概不能靜聽諸邦預爲局部之試驗，以備中央異時之抉擇，亦非良法。　且對於共有權事宜，中央法律，既有打消各邦法律之權，則共有權之存在，實際上亦無妨於中央之職權。　以故美之此制，雖事實上不必已臻盡善盡美之域，亦實已盡人力之能事。　坎拿大造憲諸人，以爲美制終不克令中央與各邦之權限絕無糾紛發生，乃於坎憲上不獨將中央與各省事權雙方列舉，並明白聲明，除外人移住與農業兩問題而外，所有中央事權與各省事權，各各爲特有權；質言之，凡中央事權，無論中央行使與否，各省不得行使；反之各省

事權中央亦絕不能行使。 此制，在形式上雖似較美制為進步，實際上雙方列舉，彼此既難免於互相掩映，則認雙方職權之為特有，將令法庭之解釋，益陷於困難之境；以是之故，澳大利亞雖與坎拿大同為英之自治殖民地，然澳鑒於坎制成績之不良，其一九〇〇年之憲法，關於中央與各邦事權劃分之形式，仍採美制。

第二目　美制與歐洲大陸制的差別

就憲法上所定中央與各邦的職權之實質而言，美制與歐洲大陸諸聯邦制，有一種重大的異點： 歐洲大陸制，概以中央立法事件之一部分，付諸各邦代為執行；而美制則中央立法事件概由中央政府固有之行政機關與官吏自為執行，而不假手於各邦。 茲詳細說明之。

歐洲大陸諸聯邦國——瑞士德意志奧國——其憲法所劃定之中央立法事件，實分兩類；一則該項立法事件由中央政府之機關與官吏直接執行；例如郵電關稅在瑞德等國概由中央立法，并由中央自為執行是；一則該項立法事件，由各邦政

府之機關與官吏代爲執行，而中央政府僅保有一種監督權；例如舊德意志憲法對於關稅問題，卽如斯規定。最近奧國憲法，對於此種分類最爲淸晰。㊀ 反之，美制（實際上坎制與澳大利亞制亦略倣美制，故可稱爲英美制）則令中央與各邦完全分離：中央立法事件，概由中央政府及其在各邦所設置之中央行政官吏自行執行，而不假手於各邦；例如中央法律所定之關稅與其他租稅，概由中央官吏徵收，是。

美制與歐洲大陸制相較，美制之弱點，不外行政經費之擴張；蓋美之中央立法事件既由中央之機關與官吏執行，而不由各邦政府之機關與官吏執行，各邦之內，遂各有兩種行政機關與執行官吏存在，全國行政經費自甚擴大。 然就他一面看去，歐洲大陸制尤有較大之流弊。 一則此制不易使中央法律收完滿之效果；蓋中

註㊀ 一九二〇年奧憲第十條至第十七條將中央立法事件分爲三類：（一）立法與執行全屬中央者，（二）立法屬諸中央而執行委諸各邦者；（三）中央僅標示立法原則，而令各邦自定細則並代執行者。

央法律有時不能盡邀諸邦之熱心贊成；如諸邦中有反對者存在，則責其執行，難免陽奉而陰違；雖曰中央享有監督該項事件執行之權，然各邦執行之官吏原只是各邦官吏，應只對各邦政府負責，而不應令其同時更對中央負責，致彼等嘗生『事齊事楚』之嗟；由是中央當然不應對於各邦之行政人員享有任免權；既無任免權，則監督權之設，終或成爲虛設」 一則此制恐不免養成各邦仰望中央指導之習慣，而漸視中央爲其上級機關；由是各邦之個性與其對抗中央之能力，遂亦無從發育；蓋法律既係中央所制定，監督行政權亦屬諸中央機關，使此種監督權果能發生充分之實力，其結果必至如斯也。 故卽採用歐洲大陸制，愚意以爲亦當以中央自執行爲原則，以各邦代執行爲例外。

民國十二年中華民國憲法，劃分中央與各省之事權，大體須倣坎制與歐洲大陸制。 就其劃分事權之形式而言，該憲須取雙方列舉主義。 對於未經列舉之事項，該憲既不倣效美制以之付諸各省，亦不倣效坎制以之授諸中央；而認爲應依其

性質之『關係國家』或『關係各省』付諸中央或各省；遇有爭議，並以最高法院爲裁判機關（該憲第二十六條）此項規定，在造憲諸人，或自詡爲獨出心裁，實則全不合理；因爲何種事件爲關係國家之事項，何種事件爲僅關一省之事件，純是一個政治問題；法院爲解釋法律機關，以之處理此種政治性質之爭議，既不大適任，並且難免不因是而搖動法院之獨立。就其所劃定中央與各省的事權之實質而言，該憲大體上須採歐洲大陸制；而將中央立法事件分爲兩類：一爲必須由中央執行之事件。一爲得由中央自執行或命令地方代執行之事件。該憲所規定之省立法事件，亦經該憲規定得由省自執行或命令各縣機關代爲執行。至於該憲所列舉之中央立法事項，亦有若干款，曾經該憲明白規定『在國家未立法以前，省得行使其立法權』（第二十四條）於此亦顯見該憲所規定之中央立法權含有共有權與特有權兩類。



第五編　憲法的修改

關於列國憲法的制定與修改，我們於第一編第一章第二節論述憲法的種類時，已經概括地討論過。在本編內，我們對於憲法的修改問題，將從實例上及原理上爲較詳之討論。關於吾國制憲問題之經過（自清末迄民國十五年底）本編亦附立專章，述其梗要，以供本書讀者之參考。

第一章　憲法的修改

第一節　憲法的固定性

一 契約與法律

從法律的及政治的見地上說，憲法是否含有不可變性？從法律上說，十七八世紀人士往往把憲法看作一種造國的契約，認其成立係由於人民之相互承諾。準此見解，憲法之爲物固不必含有不可變性；因爲契約之爲物，並不含有不可變性。不過憲法既爲一種契約，而依十八世紀許多人士之觀念，締約者又爲全體人民，則變更憲法，勢亦必如瑞士十八世紀公法學者華特爾（Vattel）所云，以取得人民全體之同意爲條件。果爾，憲法之爲物，在形式上縱然不具有不可變性，實際上勢必永遠不能變易；因爲人民全體同意是一個不可實現的條件。華氏鑒於此種困難，遂亦承認憲法可由多數決定修改；但對於憲法修改不能表示同意之少數人民，華氏認爲應許其脫離國家，解除契約上之一切束縛。實際上這自然也是不易見諸實施的一種辦法。今人觀念，初不認憲法爲契約，而認憲法爲法律；不認造憲爲立約行爲，而認造憲爲立法行爲；不認國家的產生基於憲法，只認國家的機關及其職權，基於憲法之剏造。依着這種見解，憲法便和

普通法律一樣：普通法律可由普通造法者決定他的變更程序，憲法也可以由制憲者決定他的變更程序。因是，憲法之爲物；無論在形式上或實際上，都不含有不可變性。

這還不過是純從法律上討論。從政治的見地而言，社會的情狀既隨時代而不斷的變更，規律社會組織的任何法律自亦不能不隨時代而變更。如果我們堅認憲法爲一成不易之法，積時既久，憲文終必徒成具文；甚或因憲文無從修改之故，而釀成激劇的革命。革命之事實一經發生，憲法權威自然墮地。故在政治上講，憲法之不能含有永久不變性，尤屬顯然。

二 憲法修改的限制 以上所述華特爾之意見，初未爲十八世紀美法革命人士所容納；他們不承認憲法含有不可變性；亦不承認憲法之修改須得人民全體同意。但是十八世紀人士所制定的憲法，對於憲法修改的程序，都規定得非常困難。我們從一七八九年美國聯邦憲法與一七九一年法國憲法，關於憲法修改的

規定，便可灼見當時人士如何的不願憲法條文輕易變更：

依照一七八九年美憲的規定，憲法修改案，只有兩種機關可以提出：一是聯邦議會；但是聯邦議會提出憲法修改案時，必須上下兩院各有三分之二的議員贊同該案。二是依各邦邦議會的要求，所召集之修改憲法會議；但邦議會之此項要求，亦須全國有三分之二的邦議會表示贊同，始能提出。憲法修改案提出之後，尚須依聯邦議會之決定，交付次列兩種機關之一，行使複決之權：一是各邦邦議會；二是各邦特別召集之制憲會議。如果全國邦議會之批准該案者，佔全國邦議會三分之二，或各邦制憲會議之批准該案者，佔各邦制憲會議三分之二，該案乃能成立。㊀ 在這種規定之下，提案與決定既不屬於同一機關，提案與決定並且各各需要一個高額的多數，憲法的變更自然異常艱難。所以從一七八九年至十九世紀

註㊀ 美憲關於提案與複決兩層，雖各各規定了兩種機關，但就該憲修改之實例而言，提案者俱是聯邦議會，複決機關俱是各邦議會。憲法上所規定之其他兩種機關，實際上從未召集過。

之終，歷時雖一百餘年，美憲之修改總共不過五六次。從一八〇四年至一八六四年，歷時雖六十年，美憲便毫無修改；一八六五年憲法修改案（關於黑奴解放事件）之成立，還是因爲南北美戰爭的結果。

法蘭西一七九一年憲法明白的宣示國民永遠保有變更憲法之權；但是該憲所定憲法修改之程序，卻亦嚴酷達於極點：依該憲之所定，必須有三個議會，各於其任期內，繼續的提議修改憲法某某條項，乃能成立修改憲法之動議。第一個及第二個議會的提議並且必須於各該議會任期之末始得提出；第三個議會則須於其任期之第一年內提出。動議既經成立，乃更召集第四個議會，並擴充其議員名額，以組成一個『修改憲法會議』。依『修改憲法會議』之議定，憲法修改案乃能成立。這種規定，較諸美憲之規定尤嚴；實際上憲法修改之事，殆無實現之可能。但是該憲儘管設定如斯嚴酷之限制，該憲之生命，仍然不滿一年；其所以毀滅之者不是法定的修改，而是法外的革命。㈢

法美革命時代之憲法，尙不僅嚴定憲法修改程序；有時並且規定憲法之某部或全部，非經過一定之期間，絕對不容修改。譬如一七八九年美國聯邦憲法，對於該憲中之幾種特殊條款，便聲明非遲至一八〇八年以後不得修改。一七九一年法國憲法，並且聲明該憲之任何部分，於該憲成立後第一個議會及第二個議會之任期內（每一議會之任期爲二年）概不得由議會提議修改。這都是對於修改憲法之期間設定限制。法國其他憲法，尙有設定性質與此相似而年期較此更長之限制者。十九世紀以來，其他國家之憲法，亦有明定憲法非經過若干年不得修改者，如一八六四年之希臘憲法明定該憲公布以後十年之內不得修改，是。列國之設定此種時間限制，無非假借時日以鞏固憲法所建設之秩序，無非欲給憲法以相當試驗之機會。然而事變之來，往往出人意外，假使意外事變發生於憲法不能

註㈡　就法國十八世紀憲法史而言，變更憲法的方法，可以說是以革命爲原則，以依法修改爲例外。

修改之時，事實上自然難免發生重大糾紛，甚或使政治秩序完全毀破。

在十九世紀期內，列國憲法，對於憲法修改問題，倘有完全不以明文規定者。例如一八一四年法國之欽定憲法，一八四八年意大利之欽定憲法，一八三〇年法國之協定憲法，皆是。當時論者，因爲憲文之緘默，往往主張那些憲法，在法律上爲不可變更之法律。這自然不是必然的或適當的解釋；因爲從法律上講，憲法之爲物，既不含有永久不可變性；從政理上講，憲法之爲物，尤有與時變通之必要。但是此種憲法究應由誰修改，與如何修改，倘不無討論之餘地。純從形式上講，我們或者要認原來制憲機關爲修改機關，原來制定憲法的程序，應採爲修改程序。但從實際上講，這種解決雖然可以適用於協定憲法或民定憲法，卻難適用於欽定憲法。㊂因爲欽定憲法，在形式上雖然只是君主獨自頒布的憲法，在事實上差不多都

註㊂ 關於欽定，協定，與民定憲法之區別，見第一編第一章第二節。

是君主受人民或輿論的壓迫而頒布的。換句話說，欽定憲法，就其精神而言，也和協定憲法相似，往往係由君民協議而成。因此，這種憲法，亦不應由君主之一方獨自改變。求諸實例，列國欽定憲法之未曾規定修改問題者，後來仍不免有所修改，那些修改，亦率以君主與人民代表（議會）共同決定為原則；一八一四年法國欽定憲法，與一八四八年意大利欽定憲法，便俱如此。

以憲法明文聲明憲法全部永遠不可更變，在實例上，列國憲法尚無其例。以憲法明文承認憲法一部分永久不可變更，史實上卻不無先例可舉。法國現行憲法，依一八八四年之修正，便設有『共和政體不得為修改之議題』的規定。這便是說，憲法上承認共和政體之條文必須永遠保存。葡萄牙現行憲法（一九一一年頒布）亦有相同之規定。吾國民國二年天壇憲法草案（第一一一條）及民國十二年中華民國憲法（第一三八條）亦然。巴西現行憲法（一八九一年頒布）第九條並且明認共和政體與聯邦政體俱永遠不能改易。一八一四年羅威

憲法（已於一九〇七年消滅）雖然沒有明認何項條文不能修改，卻聲明任何修改，俱不能變更憲法之『原則與精神』；一八六四年希臘憲法亦聲明憲法的修改不得影響於憲法之『根本規定』。這些都是對於修改的範圍所設定的限制。造憲者之設爲此種規定，無非欲假憲文之權威，以維持或種制度之勢力。這種方法，在特種場合之下，也許可以得到預期的效果。但在法律上講，此種規定，究無重大的意味：蓋修改憲法機關，在法律上常爲國家最高機關，如果他不遵守此種規定，在法律上就沒有任何救濟方法。不但如此。此種規定，其本身亦不過是憲法條文之一項；修改憲法的機關，如果依照憲法所規定的修改程序，修改此項條文，在形式上固亦不能不認其合法。果爾，則所認爲不可變更者，固仍有變更之可能。所以一切限制憲法修改範圍的條文，實際上仍只與道義的律條相似，那些限制，都不過是一種道義的限制。

總之，爲提高憲法權威以鞏固政治秩序起見，憲法之修改誠不宜與普通法律

視同一律；然憲法之修改，亦不宜因是而過於艱難。　十八九世紀期內之憲法往往嚴定憲法修改之程序，甚或限制修改憲法之範圍或期間，其結果往往徒供政治革命之犧牲。　此類剛性程度過高之憲法，即或幸而久存，亦必是除了正式修改的程序而外，尚有他種變更憲法的程序，以資調節。　例如美國聯邦憲法，雖因正式修改之程序太難，罕有修改，而美國法院的憲法解釋以及美國的憲法習慣，無形有形之中，改變美憲原來的精神，與補充美憲原來的缺點者，亦不少。㉓　晚近以來，社會情狀之變化尤形迅速；爲使社會之改革不致過受憲文束縛起見，新近憲法不獨無

註㉓　看 Bryce, The American Commonwealth 論 The Interpretation of the Constitution 及 The Development of the Constitution by Usage 兩章（第三十三及第三十四章）。

限制修改範圍或限制修改期間之規定㊄，卽修改之程序亦已羣趨簡易。

以下我們將更取列國憲法關於修改程序之規定，爲比較的研究。

第二節 憲法修改的程序

列國憲法有剛性與柔性兩類；柔性憲法，其修改與普通法律同，用不着說明。以次所述自以剛性憲法之修改爲限。列國剛性憲法關於修改程序的規定，彼此

註㊄ 新近憲法，甚至有一面承認憲法可以隨時修改，一面尙規定憲法凡滿若干年期，必須修改一次者；如一九二一年波蘭憲法第一二五條之規定是（該憲所定強制修改之年期爲二十五年）。民國十一年湖南省憲法第一二六條，於承認憲法可以隨時修改的原則而外，亦尙設有「本法公布後，每十年須召集憲法會議一次，議決應行修正案，交由公民總投票決定之」的規定。此類強制修改之規定，在法理上誠然可以成立；但在此種規定之下，每屆一定期間，無論憲法有無修改之必要，社會上概須經受一番重大的紛擾，事實上自亦有諸種不利。

仍多歧異。爲說明的便利起見，我們可以把這個程序分作三層討論：一，提案程序；二，議決程序；三，公布程序。

第一目　提案程序

一　提案權　有些憲法，爲增加憲法修改的困難起見，卽對於提出修改案之權，亦設有嚴重之限制；因之享有普通法律提案權的機關，卻不享有憲法提案權。日本憲法之所規定，卽最著之一例：依照該憲之規定，法律案雖可由政府或議會議員提出，憲法修改案，則惟天皇始得提出於議會。㈠　但是此類限制究屬例外。

註㈠　日本帝國憲法第七三條第一項云：「此憲法之條項，將來有必須改正者，以勅令將議案付帝國議會議決之。」　日憲本爲欽定憲法，其制定旣係出自天皇獨裁，故當時制憲諸人，認爲憲法修改之動議，亦必純由天皇保留。　參看伊藤博文日本憲法義解（商務印書館譯本）第33頁。

一般憲法，大率承認凡享有普通法律提案權的人同時也就享有憲法修改的提案權。 有些採用公民創制制的國家甚至承認公民享有憲法修改的提案權，——卽所謂制憲的創制——而不承認公民享有普通法律的提案權——卽所謂立法的創制。㊀

吾國民國元年臨時約法亦承認臨時大總統，與參議院三分之二的議員，各得提出憲法修正案（第五五條；）天壇憲法草案及民國十二年中華民國憲法則僅承認國會享有憲法提案權（第一三六條。） 最近湘浙粵川等省省憲或省憲草案，往往於省議會之外，並承認其他地方議會或公民得提出憲法修正案；但亦無以此項提案權畀予行政機關者。

二 原則的決定 有些國家，於憲法修改案交付議決機關討議以前，尚設有

註㊀ 參看第三編第二章第二節。

一種中間程序的目的，不在決定憲法應如何修改，只在決定憲法條文究竟應否修改。　這便是我所謂原則的決定。　憲法修改問題，經過了這個程序，乃提付議決機關，俾從事於憲法修改之討議與決定。　列國採取這種程序的原因，無非欲令憲法修改問題，不致頻煩最終制憲機關之考慮。　除採用公民直接造法制的國家而外，凡採用這種中間程序的國家，無不以這種原則的決定，付諸議會。　惟是這種決定的效力究竟具何範圍，則有兩種不同的解決：　第一，最終議決憲法修改案的機關，對於未經認為應行修改之憲文，不得修改。　這就是說，制憲機關的制憲權，應受限制。　這是比國憲法所採取的一種解決：　依照比憲規定，關於憲法修改問題，須經議會兩院決定某某條文應否修改；議會兩院如果議定某某條文應該修改，該議會應卽自行解散，隨卽召集新議會以議定修改案之內容；但新議會之所議決，應以舊議會所認為應行修改之條文為限。(三)　第二，議決憲法修改案的機關，其

註(三)　比憲第一三一條。　一九二一年猶戈斯拉菲亞憲法第一二六條亦有相似之規定。

議決之範圍，不以曾經認爲應行修改之條文爲限。　按照法國現行憲法，關於憲法修改問題，於經議會議員或總統提出修改案後，亦須經議會上下兩院各自決定憲法應否修改；如果上下兩院，各以過半數之同意議決憲法應該修改，乃由議會上下兩院開制憲聯合會議，以議決憲法修改案的內容。㊃　在這種規定之下，制憲聯合會議之議決，是否應受原來各院議決之限制，憲文初未明白宣示；法國憲法學者因是亦有相異之解釋。㊄　惟在理論上講，制憲機關既爲最高造法機關，剷除憲法明定之限制外，在法律上自不能認爲應受其他機關任何決議之限制。　天壇憲法草

註㊃　一八七五年二月二十五日法國憲法第八條。

註㊄　愛斯曼(Esmein)氏，便認制憲聯合會議之議決應受原來各院議決之限制；狄驥(Duguit)則力反愛氏之說。　看 Esmein, Droit Constitutionnel 卷上第 502 頁及以下；Duguit, Traité de Droit Constitutionnel 卷四第 539 頁及以下。

案，亦曾採取此種中間程序；其所規定，大致與法憲同。十二年中華民國憲法仍之。㈥

三　草案之決定　有些憲法，對於憲法修改問題，特設一種複決機關；其職權在對於業經決定之憲法修改草案，爲可決或否決之表示。複決機關大率爲地方議會或公民團體；草案議定機關，則爲中央議會。在這種制度之下，複決機關只是一個決而不議的機關，草案議定機關之所議決，只是一個草案。所以嚴格地說，在

註㈥　十二年中華民國憲法第一二六條云；「國會得爲修正憲法之發議。前項發議非兩院各有列席員三分二以上之同意，不得成立。兩院議員非有各本院議員總額四分一以上之連署，不得爲修正憲法之提議。」又依該憲第一三七及一四一兩條之規定，憲法之修正，須更由國會兩院議員合組之「憲法會議」行之；至於「憲法會議」議決之範圍，是否以曾經各院認爲應行修改者爲限，該憲亦未明白規定。

這種制度之下，議決權實爲草案議定機關與複決機關所共有；而憲法之修改，實含有提案，議定草案，複決與公布四個程序。這種制度與聯邦制度顯有連帶關係；以故美國瑞士等邦以及英屬澳大利亞俱行此制。

第二目　議決程序

概括地說，列國剛性憲法，對於憲法修改案議決程序之規定，不外四種方式：我們現在先說明這四種方式的內容，然後比較他們的利弊：

一　由議會議決　這種方式，在以憲法之最終議決權付諸享有普通立法權之議會，但議會議決憲法案，卻有其特別手續，初與議決普通法律案不同。此類特別手續，亦有種種：或則對於憲法修改案之議決，設爲高額之法定出席人數；例如比憲定爲議會各院人數三分之二（該憲第一三一條）是。或則對於憲法修改案之成立，設爲高額之贊成人數，如贊成者不滿法定的多數，該案卽不能成立；例如德憲限定贊成者必須滿出席人數三分之二（該憲第七六條）是。這些手續，俱

在增加憲法修改的困難，使議會中之少數，對於憲法之變更，保有對抗之能力。或則限定憲法修改案之成立，必須經過一度或數度之議會改選；使選民對於憲法修改案獲有表示意見之機會。 例如依照比憲第一三一條之規定，議會於決定憲法應行修改之後，便應立卽解散，由政府召集新議會，以議決憲法之修改。 新近猶戈斯拉非亞憲法亦設有與此相似之規定；一七九一年法國憲法以及一八六四年希臘憲法，對於憲法修改問題，並且規定須經過二度或三度的議會解散。 或則由議會兩院開聯合會，議決憲法之修改。 法國現行憲法便是一個最著之例。 依照該憲，議會上下兩院，如果各以過半數之同意，決定憲法應行修改，卽由兩院開聯合會，依該聯合會會員過半數之同意，議決憲法之修改。 這種規定，初不在增加憲法修改之困難；只是欲給議會中最能代表民意之下院，以比較優越之地位，因下院人數，在一般國家俱多於上院人數。

列國憲法，對於上述諸種特別手續，往往兼採數種。 臨時約法與十二年中華

民國憲法亦然：臨時約法對於該約法修改之議決，規定須有參議院議員五分之三之出席，與出席員四分之三之同意（第五五條）；民國十二年中華民國憲法除了採用兩院聯合會議制之外，亦尚設有高額的出席人數（三分之二），與高額的贊成人數（第一四〇條）。

二　由特別制憲會議議決　這種方式，在令人民臨時選出一種特別制憲會議，以議決憲法之修改。這種會議，美人稱為（Convention）；法人稱為（Assemblée Constituente）。這種方式，盛行於美之諸邦；但美國諸邦之採用此制者，亦設有兩種限制：一則此種制憲會議，僅於修改憲法全部時召集之，至於局部的修改，則仍由邦議會議定；二則此種制憲會議之所議決仍不過是一個修改的草案；此種草案之成立尚須交付公民複決。其他國家之採用此制者，卻不一定設有此種限制；如歐戰前塞爾維亞憲法（第二〇〇條）之規定，是。

三　由地方團體複決　這種方式，在將中央議會議定之修改草案，交付各地

方團體複決。採用聯邦制的國家，大都採用這種程序。㊆ 複決的機關則或爲各邦代議機關，如美國與墨西哥是；㊇ 或爲各邦公民團體；如瑞士與澳大利亞是。㊈ 至於複決案之成立，或則僅定全國諸邦之贊同該案者須超過全國邦數之半；如墨西哥是；或則設定較高之多數，如美憲則限定須佔全國邦數四分之三；是瑞士與澳大利亞，則一面限定全國諸邦之可決該案者須超過全國邦數之半；一面尙限定全國公民之可決該案者，亦須超過全國公民人數之半。

註㊆ 一八七一年之德意志帝國憲法；以及現行阿根廷與巴西憲法俱爲例外。一九一九年德國憲法，對於憲法修改雖亦設有公民複決之程序；然該項複決初不以邦爲計算結果之單位與一般聯邦國之採用制憲的複決者仍然不同。

註㊇ 美憲第五節；墨憲第一二七條。

註㊈ 瑞士憲法第一一八——一二三條；澳大利亞憲法一二八條。

四 由公民複決

這種方式在將憲。法。修。改。案，交付。全。國。公。民。複。決。 這便是所謂『制憲的複決』其形式有强制與自動之別，我們已經解釋過，茲不贅述。(十) 聯邦國家之採用此種程序者，往往以各邦爲一單位，以多數邦之可決，爲修改案成立之唯一要件（或要件之一）；已如前段所述。 但聯邦國之採用此種程序者，亦有不以邦爲計算投票結果之單位，僅認修改案之成立，須得全國公民投票過半數之贊同者；德澳新憲法之規定，便俱如此。(十一) 其以邦爲單位者，重在徵求地方區域之意見；屬於前段所述之程序；其不以邦爲單位者，重在徵求全國公民多數之意見，屬於本段所述之程序。

右述四種程序之中，第四種程序之利弊，我們於論述公民複決制度時已經討

註(十) 第三編第二章第一節。

註(十一) 一九一九年德憲第七六條；一九二一年奧憲第四四——四六條。

論過。 第三種程序之應否採用，差不多純是一個實際問題： 如果憲法的修改，實際上非徵求地方團體之意見，不足以增加修改案之權威，減少修改案施行之困難，此種程序，乃有採用之價值。 以故採用這種程序的國家，幾純以聯邦國家為限。至於第一第二兩種程序，兩相比較，其利弊亦顯而易見： 第一種程序係以議會為議決機關；這種程序的優點，在令憲法修改問題，較易解決，不至過於遲滯；因議會為現成機關之故。 但議會既為現成機關，而非國民特別選出之制憲機關，其對於憲法修改問題所持之意見，不必即為國民多數之意見。 這就是這種制度的弱點；同時也就是第二種程序——特別召集制憲會議——的優點之所在。 為補救這個弱點起見，比利時等國乃採取改選議會訴諸公民之程序。 實則改選議會程序，與召集特別制憲會議，在原則上初無歧異。 愚意，現時社會情狀變更極速；倘一切憲法修改問題，俱須取決於一種臨時召集之制憲會議，或訴諸議會改選之手段，有時或不免多耗時日，大增紛擾，而於事實無甚裨益；在非常事變時期，此種程序，尤不免

發生重大的困難與危險。故召集特別制憲會議與改選議會等程序，愚意只應適用於修改憲法全部之場合，或修改憲法上特定條文之場合；至於其他修改，仍以採取第一種程序爲宜。

第三目　公布程序

憲法修改案，於依法議決後，究應由何種機關公布？公布機關究竟賦有若何權限？

這兩個問題，對於君主國家之欽定憲法或協定憲法，在法理上，殆很少辯論的餘地：那些憲法既係由元首獨自制定，或君主與人民代議機關共同制定，憲法之修改，在法理上，自亦不能不取得元首之同意。以故在一般行用欽定憲法或協定憲法之君主國家，憲法修改案之公布，依憲法明文或憲法習慣，概屬諸元首；元首對於修改案並且往往保有「裁可」權；權因是元首對於業經議決之憲法修改案，尚保有公布與不公布之自由。

在行用民定憲法的國家，這兩個問題之解答究應如何，則列國實例頗不一致。茲姑僅就法美德三個實例言之：

法國現行憲法，對於制憲會議（卽議會兩院聯合會）所議決之憲法修改案，初未明定應由何項機關公布；該憲於一八七九年及一八八四年曾兩度修改，其修改案俱曾由行政元首公布。是則依照憲法的習慣，法國行政元首固已取得公布憲法之權。法國憲法學者對於此項公布權之解釋，則尙不甚一致：愛斯曼氏認公布純爲一種行政行爲，屬於行政職權之範圍。愛氏以爲三權分立之基本原則不應爲憲法修改問題所破壞；因是愛氏認公布爲行政元首當然之權利。至於元首之公布權究竟具何範圍，愛氏之解釋尤形牽强：愛氏亦不承認行政元首，對於制憲機關所議決之憲法修改案，得因其違背憲法所定程序而絕對地拒絕公布；但愛氏以爲行政元首倘遇如斯場合，卻能無期限的延緩公布。[廿三] 這種意見，深爲狄驥

註[廿三] Esmein, Droit Constitutionnel, 下卷第 507-508 頁。

所駁斥。狄氏雖亦承認公布之權屬諸法國行政元首，卻以爲元首必須於極短時間內公布。狄氏不承認行政元首，對於憲法修改案，有要求制憲機關覆議之權；他以爲法國憲法對於普通法律案，雖然給予了元首以要求議會覆議之權，其目的固只在維持行政機關與普通立法機關權力之平衡；倘使行政元首對於憲法修改案亦享有要求覆議權，則是行政機關得與制憲機關相對抗，於理無當。[illegible] 實際上法國行政元首對於憲法修改案，亦從無要求覆議或延緩公布之例。

美國聯邦憲法，對於憲法之修改，亦未規定公布程序。依照美國憲法習慣，則凡憲法修改案，於經聯邦議會議決，復經全國四分之三的邦議會批准以後，卽由聯邦行政機關，公布其結果；緣是而修改案卽告成立。行政元首對於普通法律案，雖享有要求議會覆議之權，其於聯邦議會所議定的憲法修改草案及諸邦邦議會所

註[illegible] Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, 卷四第 544－545 頁。

批准的憲法修改案，卻不享有任何同意權。 這是美國法庭的解釋，美國參議院的宣言以及美國憲法修改的習慣，所一致承認的。㊃

一九一九年德國憲法，將憲法修改案之公布，與普通法律案之公布，視同一律；而以行政元首爲公布機關。 該憲雖然明認行政元首必須公布，然行政元首，對於一切違反憲法所定程序而設定之法案，固不負有公布之義務。㊄ 這就是說，行政元首，亦得審查憲法修改案形式上有無欠缺；亦倘得拒絕制憲機關所議定之憲法修改案。

註㊃ 參看 Willoughby, The Constitutional Law of the United States 卷上第 520－521 頁；及 Bryce, The American Commonwealth 卷上第 366 頁。

註㊄ 德憲第七十條及第七十六條第二項。 參看 Giese, Die Verfassung des deutschen Reiches 關於以上二條之註釋。

憑意，從原則上說，制憲機關，既立於一切其他機關之上，他的決定，便不應受其他機關之限制，並且不應倚賴其他機關之公布，始能發生效力。 以是，憲法修改案，不但不能由行政機關拒絕公布，亦且不應以公布手續付諸制憲機關以外之行政機關。 但是這個原則，對於採用制憲的複決之場合，實際上卻不能不酌予變通：凡憲法修改案之成立，如須經過地方議會之複決或公民團體之複決，則公布之任務，固以授諸行政機關爲宜；因爲那些複決團體，初無現存之共同機關可以執行公布的任務。 德憲既已採用制憲的複決，其以此權授諸行政元首，固亦不能謂無理由。

吾國辛亥年中華民國臨時政府組織大綱，係由各省代表會議，於辛亥年舊曆十月十三日在漢口議決後，自行公布。㊅ 民國元年臨時約法則於議決之日曾經

註㊅ 吳宗慈，中華民國憲法史上編第3頁。

南京參議院自行宣布隨復由臨時大總統另行公布（三月十一日）。㊆　民國二年之大總統選舉法（原定為中華民國憲法之一部份），係純由憲法會議自行公布。蓋臨時約法第五四條原僅有『中華民國之憲法由國會制定』之文，並未明認政府享有公布憲法之權。　然當時論者，以為普通法律雖非經公布不生效力，憲法則不必如此；即令必須經過一種公布的形式，亦必由制憲機關自行公布；因彼等認為民主共和國家之憲法，決不能以公布權付諸其他機關。　且求諸事實，彼等以為憲法之經由制憲機關自行公布者，亦有先例；如巴西憲法（第九一條），葡萄牙憲法（第八一條），俱明定各該憲須由各該議會自行公布，是。　因此，該選舉法之公布，係用憲法會議名義；該法之首，並著有『中華民國憲法會議制定此大總統選

註㊆　吳宗慈，前書上編第九頁。

爭法並宣布之』之前文。㊇ 袁政府於議法公布後，尙以咨文向憲法會議爭公布權。㊈ 民國三年袁政府制定之中華民國約法，明認憲法之公布權屬於總統，亦卽以此。民國十二年十月十日之中華民國憲法亦係由憲法會議公布；憲文之首，亦著有前文，以示憲法會議自行公布之意。

註㊇ 吳宗慈前書上編第270－271頁。

註㊈ 參看本編第二章第三節。



第二章　中國制憲問題的經過

第一節　清季之預備立憲

一　立憲運動　憲法的特性含有形式與實質二義。從其形式而言，近代一般憲法率含有次述一種或兩種特性。第一就是憲法的效力高於普通法律。第二就是憲法的變更異於普通法律。以這些條件爲憲法的界說，吾國在日俄戰役以前尚無真正的立憲運動。從其實質而言，憲法是規定國家根本組織的法律。這一類的法律，是一切國家都有的；吾國歷來亦有此類法律，並且久具成文法典之形式。㈠但是近代憲法，卽僅就實質一面而言，亦尚有一個特點，卽於規定國家根

註㈠參看第一編第一章第三節憲法觀念的沿革。

本組織的時候，給予人民以直接或間接參政之權；因之元首之權力，須受人民或其代議機關之限制。就這個特點而言，吾國之有立憲運動，嚴格地講，亦僅始於日俄戰役以後。

前清道咸以後，吾國雖屢受列强之欺凌，而仍不肯歐化。社會之心理，與政府之政策，對於政治改革問題，變更極其遲鈍，而且不得要領。直至同治年間，乃有革新之設施。當時之革新領袖，只是疆臣曾國藩，左宗棠，李鴻章，與樞臣文祥，寶鋆諸人。他們認為『形而下』的學術，勢不能不取諸泰西，而輪船軍械之製造為尤甚。以是同文館成立於京師，招生學習外國語言與天文算數之學（同治二年）；船政局成立於福建（同治五年），製造局成立於上海（同治六年）；官辦之招商局亦於是時成立（同治九年）。當時之開始派遣幼年子弟出洋留學（同治十三年，）亦只注重工藝。所以當時之所謂改革，只是輪船軍械的改革。國人對於歐美政制尚盲然未加省察；立憲思想或立憲運動，尚全不存在。這是從同治初元以迄甲

午中日戰役時期之狀況。

甲午戰役以後，乃有所謂『變法』運動。倡於下者爲康有爲，譚嗣同，梁啓超諸人；贊成於上者爲翁同龢，楊深秀，徐致靖等。以是光緒二十四年四月，淸帝遂頒確定國是之諭，主張『變法。』㈠ 隨卽擢用康有爲，梁啓超，楊銳，劉光第，林旭譚嗣同等，責以輔助新政之設施。是卽一般之所謂『戊戌政變。』當時主張『變法』之人，亦未必俱無立憲之思想。㈡ 然當時人士之所注重，只在廢時文，立學校，與改革官制；戊戌政變期內之新政，大致亦不外此數端。立憲之重要縱已爲當時一二

註㈠ 諭文詳見黃鴻壽淸史紀事本末（文明書局版）卷六十六。

註㈡ 日本憲法之頒布在明治二十二年（卽光緒十五年） 距戊戌變政蓋已十年。康有爲於第五次上淸帝書中，既有請淸帝倣明治維新之規畫改革國政之議，自不得謂無立憲觀念。康氏所上書略見日人稻葉君山所著淸朝全史（但燾譯，中華書局出版）第八十三章。

人士所見及當時之『變法』運動，究尙不能目爲立憲運動。戊戌政變之前後，除郤康梁之『變法』運動誠然尙有孫中山之革命運動。孫氏之興中會卽於甲午年成立。但該會當時之所注重，只在種族革命；該會當時之宣言，亦尙未揭櫫立憲主義。㊃ 依孫中山之自述，由甲午以至庚子，興中會雖然成立，會員固甚稀少；士林之入會者尤少；士林入黨之衆蓋在日俄戰役以後；孫氏三民主義與五權憲法之主張，亦於日俄戰役後始立爲黨義，宣諸大衆。㊄

戊戌政變失敗而後，政府入於反動，國內淸議深受壓迫。康梁亡命海外，始有淸議報之刊行，其所注重，亦只是攻擊西后，宣傳『保皇』。庚子拳亂發生以後，西太后迫於內外情勢，雖復以決行新政布告中外，而朝命旣下，內外諸臣，依然泄沓。

註㊃ 興中會宣言全文見吳稚暉孫中山革命的兩大基礎（現代評論週刊第二卷第三十三期。）

註㊄ 孫文，中國之革命（見上海申報所刊之最近五十年。）

但是社會方面抨擊政府之聲，則日漸發展。章炳麟章士釗鄒容等主張共和之蘇報，梁啓超主張君主立憲之新民叢報，亦於此時先後誕生。迨光緒三十年俄敗於日，中國一般知識階級乃羣信專制政體國之不能自强。日本之以小國戰勝大國，一般俱認爲立憲之結果。由是頒布憲法召集國會成爲社會熱烈之呼聲。從前極少數人之立憲思想，至是乃爲多數人之要求。中國之有立憲運動，當以此時紀元。但當時之立憲運動，亦分兩派。其一，爲以孫中山爲領袖之民主立憲運動。依孫氏之自述，彼於光緒三十一年重至歐洲時始揭櫫其生平所懷抱之三民主義，五權憲法，以號召留歐學生，而組織革命團體；在此時期以前，孫氏之運動，僅限於聯絡下級社會所組織之各種祕密會黨，以及少數華僑；因之，孫氏除灌輸彼等以種族革命之思想而外，亦無從曉以任何其他主義。同年夏間，孫氏至日本，其秋則空前之同盟會大會出現於東京。光緒三十二年同盟會在其所草之軍政府宣言中，已將制定中華民國憲法，建立民主政體，鄭重地列爲黨綱四款之一㈥。汪精衛胡漢

民等所辦之民報亦於是年出世；同盟會之主義賴以流播於內地。 其二爲以康有爲梁啓超爲領袖之君主立憲運動。 實際上當時一般人所稱之『立憲黨』或『憲政黨，』卽指此派而言。 康氏所主張者，其初爲日本式之君主立憲，辛亥革命以後，其所主張爲『虛君共和，』卽英國式之君主立憲。 梁氏初則主張日本式之君主立憲；繼則主張英國式之君主立憲；及辛亥革命發生，頗現進退失據之狀；辛亥九月（舊曆）彼所著之新中國建設問題，頗徘徊於民主共和與虛君共和兩制之間而

註㊅ 該宣言係預備於革命發生後向民衆宣示者。 其內容一則曰『前代革命如有明及太平天國，祇以驅除光復自任，此外無可轉移。 我等今日與前代殊。 於驅除韃虜，恢復中華之外，國體民生，尙當變更；』再則曰，『今者由平民革命以建立民國政府。 凡爲國民皆平等皆有參政權。 大總統由國民共舉。 議會以國民公舉之議員構成之。 制定中華民國憲法，人人共守。 敢有帝制自爲者，天下共擊之。』（該宣言全文亦見吳稚暉，孫中山革命的兩大基礎。）

不能決。㈦民國四年袁世凱企圖稱帝，梁氏於其所著之異哉所謂國體問題者一文中，乃反對變更民主國體，然言詞支離，仍隱示帝制稍緩亦可恢復之意。㈧

二　清廷之措施　日俄戰役以後，清廷受上述兩種立憲運動之恐嚇或壓迫，乃不得不有預備立憲之表示。以下所述，便是自光緒三十一年迄清祚告終時，清廷對於立憲問題之幾種措施：

註㈦　梁氏於新中國建設問題中，僅列舉虛君共和制與民主立憲制兩方面之利害而自認不能決其孰宜採擇。梁氏僅謂如採虛君共和制，則惟有仿比利時，羅馬尼亞諸國迎立異邦人爲君主之故事，擁戴清帝爲君主，使宣示入籍然後卽位；或則另立孔子後裔爲君主。兩法相較，梁氏以爲前法較後法爲適當（飲冰室叢著卷三）。

註㈧　在異哉所謂國體問題者那篇論文中，梁氏雖極力反對袁氏立卽恢復帝制，卻又附有「吾以爲若天祐中國今大總統能更爲我國盡瘁至十年以外，而於其間整飭紀綱，培養元氣，固結人心，消除怨毒，自茲以往，君主可也，共和可也」等語（飲冰室叢著卷三）。

第一，考察憲政大臣之派遣，與憲政編查館之成立。　光緒三十一年，清廷倣日本明治十五年派伊藤博文赴歐考察憲政之故事，派遣載澤，戴鴻慈，徐世昌，端方，紹英出洋考察政治。　蓋日俄戰役既終，不獨多數士子紛紛主張立憲，即駐法使臣孫寶琦以及二三疆吏亦先後以立憲為請；清廷迫於衆議，乃有此舉。　載澤等瀕行之際，遇革命黨人投以炸彈，載澤紹英均受微傷，徐世昌紹英不果行；遂改派尙其亨與李盛鐸代之。　五大臣以是年夏曆十二月至日本，旋由日本至美洲而達英德諸國。光緒三十二年夏曆正月，載澤等即奏請宣布立憲，期以五年實行。　奏上，未決行。是年夏，載澤等先後返國，復條陳倣行憲政。　端方以為宜倣日本維新之例，先宣布六條誓文。　載澤亦以為欲防革命，舍立憲無他道。　於是清廷之意稍動；是年夏曆七月，乃頒布明諭，宣示預備立憲之旨；命先將官制分別議定，俟數年後再行宣布立憲實行期限。㈨　這是清廷正式承認立憲主義之始。

註㈨　該諭文見光緒新法令（商務印書館出版），第一册第16——17頁。

光緒三十一年冬，清廷詔設考察政治館，以五大臣組織之；亦係略倣明治十六年設憲政調查所之故事。當時政府雖尚未明布立憲之旨，已隱然以預備立憲昭示國人；然因政府深認憲法必由欽定，故僅設此官僚機關以爲籌擬憲法之用。此館至光緒三十三年夏曆七月，改名爲憲政編查館。

第二，定期實行立憲及憲法大綱之公布　前述光緒三十二年七月之諭，雖已承認預備立憲，尚未明定實行立憲之期。因此，當時人士仍表示不滿。光緒三十三年夏曆八月政府乃更派達壽于式枚汪大燮，赴日，英，德三國，考察憲政。迨達壽等先後奏陳立憲，清廷乃飭憲政編查館議定召集議院與實行立憲之期限。憲政編查館仰承意旨，遂草就憲法大綱，及九年立憲之計畫；以之入奏。光緒三十四年夏曆八月，該摺所奏，悉經上諭裁可公布。

就其起草機關而言，這個憲法大綱純然是官僚之產物，毫無人民代表之參預。起草之時，雖曾經憲政編查館會商資政院；實則資政院當時尚未召集，當時之資政

院，只是政府特派之正副總裁及其他幫辦協理等官員所組成。 就其法律的效力而言，憲法大綱雖經上諭公布，仍然不過一種草案，並且是一種僅著原則而無細目之草案。 他的目的只在為將來制定憲法時之準則；在正式憲法未頒以前，該大綱固無任何效力。㊉ 以下就是憲法大綱的內容：

君上大權

一、大清皇帝統治大清帝國萬世一系，永永尊戴。

一、君上神聖尊嚴，不可侵犯。

註㊉ 頒布該大綱之上諭有云：『該王大臣所擬憲法暨議院選舉各綱要條理詳密，權限分明。……將來編纂憲法暨議院選舉各法即以此作為準則；所有權限悉應固守，勿得稍有侵越。 其憲法未頒，議院未開以前，悉遵現行制度，靜候朝廷次第籌辦，如期施行』（見光緒新法令第一冊第26——27頁。）

一、欽定頒行法律及發交議案之權。（凡法律雖經議院議決而未奉詔令批准頒布者，不能見諸施行。）

一、召集，開閉，停展及解散議院之權。（解散之時，即令國民重行選舉新議員，其被解散之舊議員即與齊民無異；倘有抗違，量其情節以相當之法律處治。）

一、設官制祿及黜陟有司之權。（用人之權操之君上，而大臣輔弼之，議院不得干涉。）

一、統率陸海軍及編定軍制之權。（君上將遣全國軍隊，制定常備兵額，得以全權執行；凡一切軍事皆非議院所得干預。）

一、宣戰，講和，訂立條約，及派遣使臣，與認受使臣之權。（國交之事由君上親裁，不付議院議決。）

一、宣告戒嚴之權，當緊急時，得以詔令限制臣民之自由。

一、爵賞及恩赦之權。（恩出自上，非臣下所得擅專。）

一、總攬司法權，委任審判衙門，遵欽定法律行之，不以詔令隨時更改。（司法之權操諸君上，審判官本由君上委任，代行司法；不以詔令隨時更改者，案件關係至重，故必以已經欽定法律為準，免涉

紛歧。）

一、發命令及使發命令之權，惟已定之法律，非交議院協贊奉經欽定時，不以命令更改廢止。（法律爲君上實行司法權之用，命令爲君上實行行政權之用，兩權分立，故不以命令改廢法律。）

一、在議院閉會時，遇有緊急之事，得發代法律之詔令，並得以詔令籌措必需之財用；惟至次年會期，須交議會協議。

一、皇室經費應由君上制定常額，自國庫提支，議院不得置議。

一、皇室大典，應由君上督率皇族及特派大臣議定，議院不得干涉。

臣民權利義務

一、臣民中有合於法律命令所定資格者，得爲文武官吏及議員。

一、臣民於法律範圍以內，所有言論，著作，出版及集會結社等事，均准其自由。

一、臣民非按照法律所定，不加以逮捕，監禁，處罰。

一、臣民可以請法官審判其呈訴之案件。

一、臣民應專受法律所定審判衙門之審判。

一、臣民之財產及居住，無故不加侵擾。

一、臣民按照法律所定，有納稅當兵之義務。

一、臣民現定之賦稅，非經新定法律更改，悉仍照舊輸納。

一、臣民有遵守國家法律之義務。

凡斯條款，俱係直接採自日本憲法，彰然甚著。　在上述頒布憲法大綱的上諭內，尚明定以九年為籌備立憲之期間（即光緒三十四年至光緒四十二年）；其各年應行籌備事宜，亦經該諭簡單臚列；始之以籌辦各省諮議局，與調查戶口諸事；繼之以召集資政院與試辦預算諸事；終之以宣布憲法與召集正式國會等事。[11]　然一般社會目覩時局日亟，仍主縮短立憲期限，以促政府之改良。　宣統元年各省諮

註[11]　詳見光緒新法令第二冊，第29頁及以下。

議局議員孫洪伊等卽聯合二十萬人，上書政府，爲此請願；宣統二年，孫氏以及其他團體之代表，復繼續聯名要求。 以是，宣統二年十月，清廷又頒明諭，允於宣統五年開國會，而將原定之九年籌備期間減去三年。

第三，諮議局與資政院之召集。 中國人民之有選舉權及被選舉權，自光緒三十四年夏曆六月清廷頒行諮議局章程，並令各省召集諮議局始。 諮議局之設，在爲各省立一代議機關，且爲將來產生資政院議員之機關。 諮議局章程計共六十餘條；(十二)其重要之點有三：一，爲選舉權資格之限制極嚴，除地方紳衿中學畢業生，舉貢生員，曾任實缺之文武官吏，與資產在五千元以上者外，概不能享有選舉權。 二，諮議局與督撫間之意見衝突，須以中央之資政院爲仲裁機關。 三，督撫仍得奏請皇帝解散諮議局。

註(十二)　諮議局章程見光緒新法令第二冊第2頁及以下。

資政院之籌設，始於光緒三十二年，然自光緒三十二年以迄宣統元年，仍不過擬議章程，委派正副總裁與其他幫同籌辦之官吏而已。 宣統元年夏曆七月始正式頒布資政院章程，以規定該院之職權與議事規則；[33]同年九月，始頒資政院各種議員選擧章程，以規定各種議員產生之方法。[34] 宣統二年夏曆九月資政院始獲爲第一次之集會。 資政院之設，只是爲未來議院立一試驗機關。 他的組織極形奇特。 全院議員，分爲欽選與民選兩大類，其人數各爲一百。 此外該院之正副總裁亦係由政府特旨簡充。 所謂欽選議員，亦分七種；卽（一）宗室王公世爵十六人；（二）滿漢世爵十二人；（三）外藩王公世爵十四人；（四）宗室覺羅六人；（五）

註[33] 關於資政院章程，看宣統新法令（商務印書館出版）第七册第10頁及以下。 該章程於宣統末年夏曆六月尙有一度修改。

註[34] 關於資政院各種議員選擧章程，看宣統新法令第九册第13頁及以下。

各部院衙門官吏三十二人；(六)碩學通儒十人；(七)納稅多額者十人。　這七種議員，俱由皇帝選定，其提供皇帝選擇之名單，大率數倍於應出議員名額；此項名單之擬定，方法至不一律；有出自各該團體互選者；有純粹出自各官署之推荐者；有採用其他標準者。　所謂民選議員，概係各省諮議局互選之議員。　各省諮議局原係採用間接選舉法而產生；所以資政院民選議員的民選資格，亦甚微弱。　這些民選議員，並且都含有幾分指派性質；因為各省諮議局之互選，僅係按照各該省應出議員名額，加倍選出候補當選人；最終被選為議員之人，仍係各該省督撫所抉擇之人——抉擇之範圍自以諮議局選定之候補當選人為限。　資政院所以有如此奇特之組織，一則因其僅為過渡機關，而非正式議會；一則因為清廷之目的，在令未來之議院，規倣日本式之兩院制：　資政院之欽選議員團體，在編制資政院院章者之理想中，即日本貴族院之縮影；其民選議員團體，即日本衆議院之縮影。

就其職權而論，資政院誠亦有議決國家預算，決算，稅法，與公債，以及新定法典

與法典修改等權；然該院之議決，俱須『請旨裁奪』始能見諸實施。 實際上該院第一次集會僅三四月；其所議決，政府幾無不弁髦視之。 以言法律，則該院可決之法律，政府不施行之如故；該院所否決者，政府施行之如故。 以言預算，該院所議決之預算案，收支不相償者數千萬；政府對於議決削減者，任意不削減；於議決充甲項之用者，任意挪用於乙項；且政府不預交院議而擬借一萬萬元之外債，該院亦不敢抗議。 這都是大受當時輿論攻擊之點。 宣統三年夏，該院開第二次常會；亦無何等建樹。 直至是年秋間革命發生，該院地位，在清政府心目中始形重要；而所謂十九信條者，亦即由該院產生。

第四，十九信條之頒布。 宣統三年武漢革命發生而後，清廷爲收拾人心，挽救危局起見，乃亟召集資政院開臨時會，籌議方法。 該院多數之主張，一則曰宗室親貴須不問政治；再則曰制定憲法須求人民協贊；三則曰須立解黨禁。 凡斯主張，旬日之間，悉經清廷明令裁可。 然此種舉措，仍未能稍遏革命之潮流。 是時灤州統

制張紹曾暗聯軍人吳祿貞，藍天蔚等，草十二條之憲法提案，以張氏名義，要求清政府，立予容納。資政院基於張氏之提案，乃議決十九信條。此項信條於夏曆九月十三日由清帝公布；十月六日復由清帝與攝政王宣告太廟，誓與國民永遠遵守。雖則此種舉措，實際上初無何等效實，而十九信條這一件文書，究有不容抹視者在：一則由此項文書，我們可以窺見宣統末造，君主立憲黨人之『虛君共和』思想。㊄一則此項文書爲有清一代所曾頒布之唯一憲法；且爲中國歷史上之第一憲法。

十九信條之規定如次：

第一條　大清帝國之皇統萬世不易。

第二條　皇帝神聖不可侵犯。

第三條　皇帝之權以憲法規定者爲限。

第四條　皇位繼承之順序，於憲法規定之。

註㊄　吳祿貞與藍天蔚，素非君主立憲黨人，而爲軍人中之傾向革命者；其促張氏提出此種信條，或

第五條　憲法由資政院起草議決，皇帝頒行之。

第六條　憲法改正提案之權，屬於國會。

第七條　上院議員由國民於法定特別資格中選出之。

第八條　總理大臣由國會公選，皇帝任命之；其他國務大臣由總理大臣推擧，皇帝任命之；皇族不得爲總理大臣，其他國務大臣並各省行政長官。

第九條　總理大臣受國會之彈劾時，非解散國會卽內閣總理辭職，但一次內閣不得爲兩次國會之解散。

第十條　皇帝直接統率海陸軍，但對內使用時，須依國會議決之特別條件。

第十一條　不得以命令代法律；除緊急命令外，以執行法律及法律所委任者爲限。

有隱因：　說者謂吳等逆料政府必不能容納其要求，將以政府拒絕爲名而遂其擧兵擧事之私；爾後，清廷居然容納，實出吳等意計之外。　見郭孝成中國革命紀事本末（商務印書館出版）第二編第 205 頁。

第十二條　國際條約，非經國會之議決，不得締結，但宣戰媾和，不在國會閉會期內，由國會追認之。

第十三條　官制官規以法律定之。

第十四條　本年度之預算，未經國會議決，不得適用前年度預算；又預算案內規定之歲出，預算案所無者，不得爲非常財政之處分。

第十五條　皇室經費之制定及增減，依國會之決議。

第十六條　皇室大典不得與憲法相抵觸。

第十七條　國務裁判機關由兩院組織之。

第十八條　國會之議決事項皇帝頒布之。

第十九條　第八，第九，第十，第十二，第十三，第十四，第十五，第十八各條，國會未開以前，資政院適用之。

就內容言，這自然仍不過一種憲法大綱；而非完全之憲法。　但就其效力言，這卻不僅是一種草案，而是一種臨時憲法；上述第十九條之所規定，即已顯然表示此種性質。　實際上，該信條公布後，袁世凱之被任爲內閣總理大臣，亦係由資政院依

該信條第八條公舉。

袁世凱組織內閣後，派唐紹儀與民軍代表在上海議和。旋因南北議和代表所主張之國體不同，清廷又降上諭命開臨時國會，聲明願以國體問題，付諸國會公決。此種辦法亦為民軍所不能容納。最後，因雙方代表議定清帝退位後之優待條件，清帝遂於十二月二十五日(民國元年二月十二日)下退位之諭。此諭文有云：『茲特外觀大勢，內審輿論，將皇帝統治權公之大衆，定全國為共和立憲政體；近治內亂，遠協古政，天下之公議也。袁世凱曩經資政院之選舉，為總理大臣。方當新舊代謝之際，宜為南北統一之計，即以袁世凱全權組織臨時共和政府，與民軍協商統一辦法；以期人民之安堵，海內之泰平；即令滿漢蒙回藏五族，保全領土，成一大中華民國。朕既退隱，悠游歲月，永受國民之優禮，親見良政之恢興，豈不懿歟！』(十六) 據此諭文，則未來中華民國之政府，將不獨為清廷之續，抑且出自清廷之

註(十六) 此諭文詳見民國元年一月份政府公報。

締造民主立憲之政制，亦爲清廷所給予。然此究只是清廷一方之見解。實則清帝退位以前，民軍之共和政府已經成立於南京；清帝退位以後，袁氏之繼孫中山爲總統，亦係出自南京參議院之選舉。當孫中山向南京參議院推荐袁氏爲總統之前，並嚴電袁氏不能以清帝之委任爲組織統一共和政府之根據；袁氏覆電亦有『來電所論共和政府不能由清帝委任組織，極爲正確；現在北方各省軍隊暨全蒙代表，皆以函電推舉爲臨時大總統，清帝委任一層，無足深論』等語。㊆ 此雖形式問題，而因企圖清室再活，企圖恢復帝制之人，間以清帝退位上諭所稱爲論據，故亦著其事實於此。

第二節　辛亥革命迄國會成立

註㊆　孫袁電報見郭孝成，中國革命紀事本末第三編第291—292頁。

一 辛亥十月十三日臨時政府組織大綱㊀

這是中華民國第一臨時憲法；成立於辛亥年夏曆十月十三日，距清廷宣布十九信條，爲期蓋僅一月。我們現在略述這個大綱成立的經過及其內容的特點。

辛亥夏曆八月十九日武昌發難而後，甫及一月，各省宣告離淸獨立者，已逾全國行省之半。於是江蘇都督程德全，浙江都督湯壽潛，於夏曆九月二十一日聯名電達滬督陳其美，倡議各省公舉代表，集議於上海，以謀聯合進行機關之組織。關於此項會議之組成及集議方法，程氏等提議，（一）由各省舊諮議局各舉代表一人；（二）由各省都督府各派代表一人；（三）兩省以上代表到會卽行開議，續到者隨到隨預議。㊁ 翌日（二十二日）江蘇都督府代表雷奮沈恩孚與浙江都督

註㊀ 全文見本書附錄（一）。

註㊁ 電文詳見谷鍾秀中華民國開國史第二編第七章。

府代表姚桐豫高爾登，卽以相似之旨趣，聯名通電各省，遣送代表赴滬集議。　是爲各省民軍動議組織中央臨時政府之始。　是月二十五日代表會開第一次會議，議決定名爲各省都督府代表聯合會；三十日議決承認武昌政府爲民國中央軍政府，以鄂軍都督執行中央政務。　當時鄂都督黎元洪已有通電，請各省派全權委員赴武昌組織臨時政府。　十月初四日聯合會遂議決各省代表赴武昌集會。　時武昌因漢陽失守，全城陷於清軍礮火之下，代表等乃假漢口英租界順昌洋行爲會址，於是月十日開第一次會議，推譚人鳳爲議長；十二日議決先制定一種臨時政府組織大綱，選舉雷奮馬君武王正廷爲組織大綱起草員；十三日遂議決臨時政府組織大綱二十一條，卽日由各省代表全體簽名宣布。　說者謂此項大綱，在表面上雖爲雷奮等三人所起草，實則出自宋教仁之手。　此大綱自起草以迄議決，不過兩日，其經過程序之簡略可以想見。　簽名於大綱者計二十二人（各省人數不等，而表決權則俱爲一票）其所代表之省分爲湖北，山東，福建，湖南，安徽，廣西，浙江，江蘇，直隸，河

南等十省。當時直隸河南兩省，尚在清廷統治之下，未有革命政府；直隸代表（谷鍾秀）與河南代表（黃可權）係以舊諮議局議員代表之資格，加入會議；其他各省之代表則俱為各省都督選派之人。所以這個組織大綱，就其產生的程序而言，亦殊缺乏一個德謨克拉西的形式。㊂

這個組織大綱，只是一種臨時憲法；當時各省代表在漢口會議的時候，不獨全國尚未統一，武昌南京之軍事，亦尚在猛烈進行中。因之，這個組織大綱不獨在形式上不及具備德謨克拉西的條件，就是他的內容亦復如是。該大綱所表現的德謨克拉西，幾乎純以採取共和國體一事為限。共和國體之採取，在當時蓋為必然之結果；因為清政府勢力之瓦解，既係由於革命黨人之發難，該大綱之制定，又完全

註㊂ 以上參觀吳宗慈中華民國憲法史上編總論第4—7頁；及吉野作造支那革命史（京都大正十一年版）第三十五章。

出自贊同革命者之手。然除國體一層而外，該大綱的內容，卻很少德謨克拉西的色彩：第一，該大綱對於國民的基本權利與義務，毫無規定。第二，該大綱所設置之立法機關——參議院——將純由各省都督府遣派之代表組成。第三，該大綱所設置之臨時大總統，將由參議院選出；參議院既是各省都督的代表，這個總統自然也不過是各省都督所擁戴之人。第四，該大綱所設置之總統，是一個總統制之總統——該大綱雖設有五個部長，並不曾設置一個國務總理，亦未聲明各部部長須對參議院負責。這些規定，俱只能於該大綱成立時之軍事狀況求得一個說明。

各省都督府代表在漢口議決臨時政府組織大綱後，因聞南京克復，隨即議決以南京為臨時政府所在地；於辛亥夏曆十一月間集會於南京；並按照該組織大綱第十六條『參議院未成立以前，暫由各省都督府代表代行其職權』之規定，代行參議院職權。十一月十日孫中山當選為臨時大總統，即由該院選出。民國元年正月二日該院對於該組織大綱尚有所修正；其最要者，則為增設臨時副總統。翌

日該院並選出黎元洪爲臨時副總統。 由是，南京臨時政府成立。 當時政府尙要求修正組織大綱，添置國務總理，以宋教仁充任；嗣因參議院反對，其議遂寢。

二　元年三月十一日中華民國臨時約法㈣　這是代替臨時政府組織大綱的又一種臨時憲法。 南京臨時政府成立之始，一因組織大綱無國民基本權利義務之規定，一因該大綱所定召集正式國會之期限太促（臨時政府成立後六個月以內）卽有人主張大加修改。 民國元年正月二十八日，各省代表蒞寧列席參議院者，已達十七省，佔全國省分大多數；因之，參議院遂於是日宣告正式成立。 該院正式成立後，卽進行制定臨時約法，以爲組織大綱之代替。 該約法於三月八日經參議院議決。 除由參議院卽日自行宣布外，並於三月十一日經臨時大總統公布。

就其制定的機關而言，臨時約法亦缺乏一個德謨克拉西的形式；因爲南京參

註㈣　全文見本書附錄（二）。

議院雖能代表多數省分，究未能代表全國，該院的代表，亦只是各省都督遣派的代表，而不是國民選舉的代表。　晚近反抗『護法』的人，間亦以此爲言。　然在中華民國過去十餘年的政治上，臨時約法所曾獲得的權威，仍然在一切其他憲法之上。這卻有其他原因：　一則南京參議院在形式上雖然不是一個國民代表機關，事實上卻確確實實可以代表當時的一切革命勢力。　臨時約法最終通過該院的時候，並且曾經出席議員全體一致表示同意。㊄　二則威脅利誘之事，雖然迭見於後來之國會及其他制憲機關，南京參議院之工作，則無此類情事，損其威信。

臨時約法草案係由南京參議院院內之委員會（名爲編輯委員會）起草。

註㊄　南京參議院議事錄（元年正月八日記錄。）此議事錄係參議院之官文書共三册，自該院正式成立（元年正月二十八日），至正式國會開會（二年四月八日），該院逐日所議事項，俱見於該議事錄，特記錄極其簡略耳。　北京大學圖書館有存本。

在該草案成立以前，南京臨時政府已草就一種草案，名爲中華民國臨時組織法草案，並曾致送參議院，請求作爲討論基礎。　政府草案與臨時約法有兩個主要的異點：㈥　第一，政府草案雖亦採取責任內閣制，而總統之權限則較大於臨時約法之所規定；如該草案承認總統於緊急時得以命令代法律，與總統得不經參議院之同意，宣戰媾和等規定是。　第二，臨時約法並未容納孫中山「五權憲法」之說，而政府草案則有『臨時大總統，除典試院，察吏院，審計院，平政院之官職及考試懲戒事項外，得制定文武官職官規』之規定，蓋於承認行政，立法，司法諸權獨立之外，尙隱寓

註㈥　南京參議院議事錄未曾載入中華民國臨時組織法草案正文，僅著有該草案名稱，與議場中對於該案的簡單討論。　郭孝成的中國革命紀事本末載有南京政府時代中華民國臨時政府組織法草案一件（第三編第185—190頁），當卽該項草案。　以下所述，卽係以郭書所載爲據。

考試監察等權獨立之意。 該草案致送於參議院後，該院仍主張自行起草；正月三十一日該院並議決將該草案退回政府。㊆ 自元年二月七日起，該會卽討論該院編輯委員會自行草定之臨時約法草案；至三月八日該院卽已完成審議，第二讀會，及第三讀會之順序。 所費時間，綜計不過三十二日，以視後來正式憲法之難產，亦有天壤之別。

該約法內容之異於臨時政府組織大綱者，第一在添入『人民』一章，規定人民之權利義務，但實際上此項增添之重要亦至微弱，因其規定極形簡略之故；且該章末條既云『本章所載人民之權利，有認爲增進公益，維持治安，或非常緊急必要時，得依法律限制之』，則該章所列舉之一切權利，至多固亦只能限制行政司法兩機關，而不能限制立法機關。 第二，在易組織大綱之總統制而爲責任內閣制。 這

註㊆ 南京參議院議事錄正月三十一日記錄。

是一個較爲重要的異點。　這個異點之由來，亦係以該約法制定時之政象爲原因：當約法草案起草時，南北和議已有端倪；當二月七日該草案提付院議之時，清帝退位之優待條件已經參議院議決（二月五日）而未來總統之必須畀諸袁世凱，已爲該院同人所熟審。　基於此種事實，臨時約法乃設有國務員負責之規定，以及任命國務員，公使，特使，宣戰，媾和，締約，制定官職官規，須經參議院同意等條文。㈧　至於國體問題，在上海南北和議中，誠然曾經成爲爭點；然臨時約法草案交付院議之時，清帝退位之條件則業經議妥。　當時君主立憲黨人，誠亦尚有以『虛君共和』之議提供社會考慮者——當時梁啓超氏所發表之新中國建設問題卽倡此議——然其聲援已十分微弱。　以是君主國體問題，在南京參議院討論臨時約法案的時

註㈧　但臨時政府組織大綱亦已規定宣戰，媾和，締約，及委任各部部長與公使專使，須得參議院同意；惟未設置國務總理，亦未明定各部部長應代負元首之責任而已。

期，幾乎全不存在。

三　關於制憲機關之法律

南京參議院，於臨時約法公布，及袁世凱依該法當選爲臨時大總統後，卽議決移往北京。元年四月二十九日該院在北京開始集會；統一的立法機關，由是成立。該院議員，係依臨時約法第十八條之所定，由各地方『選派』而來；其選派方法係由各地方自定。開院時，議員人數已達百人，較諸南京時代，蓋已三倍；儼然像一個全國代表機關。依照臨時約法附則所定，該院負有一種重要使命，卽議定國會——未來制憲機關——之組織法與選舉法。該院根據該項規定，陸續議決了三種法律：（一）國會組織法；（二）衆議院議員選舉法；（三）參議院議員選舉法。以上三種法律，俱於元年八月十日經總統公布。民國二年四月八日正式成立之國會，卽係依據此三法產生。中華民國之有民選制憲機關自此始。國會成立之前一日，原來之參議院遂宣告解散。

國會組織法，對於國會之組成，係採用兩院制，與臨時政府組織大綱及臨時約

法之採用一院制相異。 兩院之職權，並且幾於完全平等；但依該法第二十一條之規定，憲法既須經參衆兩院會合議定，則兩院對於制憲事宜初不立於平等地位；因依該法所定，衆院人數（五五六人）將超過參院人數（二六四人）一倍。 參衆兩院議員選舉法，俱係採用間接選舉制，大選舉區制，減記投票制，與限制選權制；但所定之選權資格，較諸清諮議局選舉章程以及後來袁世凱時代之立法院議員選舉法（民國三年）與段祺瑞內閣時代改訂之參衆兩院議員選舉法（民國七年，）固甚形寬大。

第二節 國會成立迄國會解散

這個時期，起民國二年四月八日，訖民國三年一月十日。 在這個時期內，國會的制憲工作，只克完成一個大總統選舉法，及一個中華民國憲法草案。 以下我們便略述關於這兩種法案之諸種事實。

一　國會之政黨　依臨時約法，國會之召集原應在該約法公布後十個月以內。　實際上則至民國二年四月八日國會始獲集會，為時蓋已一年又幾兩月。　五月一日參議院選出國民黨黨員張繼王正廷為正副議長；衆議院選出進步黨黨員湯化龍陳國祥為正副議長。　先是元年八月間，同盟會與統一共和黨合為國民黨，因之，國民黨於參衆兩院選舉告終之時，在兩院約共佔四百席，為絕對多數。　其他各黨懾於國民黨勢力之厚，乃亦共謀聯合。　時共和黨在兩院不過二百餘人，為抵抗國民黨起見，遂與民主黨及統一黨（與袁政府極接近）兩黨議員合併而成進步黨。　就其政治的信仰而言，進步黨傾向於中央集權，傾向於擴充元首之權力；國民黨則傾向於地方分權，傾向於限制總統之權力。　就其政治的勢力而言，兩黨之人數，在衆議院約略相當，在參議院則國民黨之人數遠在進步黨之上。　未幾國民黨黨員景耀月等出組政友會，以外又有超然社等小團體成立，以分國民黨之勢，而國民黨之勢力稍減。　然自民社派張伯烈等破裂而出，仍擁共和黨舊號以獨立，進

步黨之勢力亦大減。又有進步黨員李慶芳等擁梁士詒爲黨魁，組織公民黨，以攻擊進步黨，進步黨之勢力益削。迨贛寧革命事敗，國民黨一部分黨員，爲謀保存其政治勢力，復與進步及共和兩黨中一部分人士出而組織民憲黨。於是進步黨在國會及憲法起草委員會中，絕無貫澈其憲法主張之實力。袁氏之決意摧殘國會，此其要因。

二 憲法起草委員會之組織與程序

當民國二年一月頃國會尚未成立以前，各政團對與憲法起草問題，意見頗不一致：一派主張由政府組織憲法起草機關，而以總統府，各省都督，臨時參議院及各政黨所派之委員爲其組成分子。倡此說者爲梁啓超等，附和之者爲當時十八省都督，共和，統一，民主諸黨，與夫迎合袁氏之官僚策士。一派主張依元年國會組織法之規定（下詳，）由國會組織憲法起草機關。這是國民黨之所主張。及國會成立，前一派主張遂歸消滅。但國會雖於四月卽已成立，直至七月始成立一個憲法起草機關：依照元年國會組織法第

二十條之所定，民國憲法之起草須由兩院各於議員內選出同數之委員行之。參衆兩院依據該項條文，各選出起草員三十人；於七月十二日成立憲法起草委員會。該委員會成立後，復議定以北京宣武門外之天壇祈年殿爲會所；約兩週後該會卽由衆議院遷往該處。

就其組成的分子而言，這個委員會的委員，以國民黨黨員爲最多（二十八名）進步黨黨員次之；（十九名）其他小政團，因各院選舉採用減記投票之結果，亦各佔數人不等。以是進步黨自始卽無貫澈其主張之實力。贛寧事敗，國民黨一部分委員張耀曾谷鍾秀等又與進步，共和兩黨之一部分委員李國珍劉崇佑等聯合而成民憲黨；於是進步黨委員汪榮寶等在委員會中之勢力益減。但該院委員綜共六十人，贛寧革命失敗之後，八月間委員之被繫與被鎗斃者已有數人；其常到會者不過四十餘人；依憲法起草委員會規則，每次卻非四十人列席不能開議；非三十人同意，不能議決；於是委員會之議決，實際上非容納多方面之意思，不能通過。㊀

以故該委員會之所議決，實際上絕非一黨或一部分人之產物。此則從該委員會所議決草案之內容不難看出。

憲法起草委員會起草之程序，所可注意者不外以次數點。第一，表決案之成立，僅須委員會委員半數（三十人）之一致；但後來因委員會未能出席之人數頗多，此層限制亦頗嚴酷，已如上述。第二，委員會之工作並非完全祕密；但亦僅許兩院議員旁聽，而不許外人旁聽；以故袁世凱派委員赴該會陳述意見，亦被拒絕。第三，委員會所定起草方法，係分大綱起草與條文起草兩項程序。大綱起草在指定大綱起草員，將憲法內最重要問題提出作爲議題，使委員會就各該議題，表示一個概括的意見。條文起草在指定條文起草員，根據委員會對於上項議題所議決的原則，分別章節，系以條文，制成完整之憲法草案；此項起草，係於一切議題俱經全委

註㈠ 看吳宗慈，中華民國憲法史上編第三章第十八節及第二十節。

員會討論終結後舉行。 條文起草完畢後，再將全案提交委員會開二讀會逐條議決；議決後由委員會開三讀會表決全案。 大綱起草者爲孫鐘（政友），張耀曾（國民），李慶芳（公民），汪榮寶（進步）四人；條文起草者爲孫鐘，張耀曾李慶芳，汪榮寶，黃雲鵬（共和）五人。㊁

三　二年十月四日大總統選舉法㊂　當國會成立之初，國會議員多持先定憲法後選正式總統之議。 贛寧討袁之役既經失敗，進步黨議員遂紛紛向國會提出先選總統後定憲法之議案。 蓋袁氏削平贛寧以後，國中總統的候選者，舍袁以外幾無第二人；且臨時政府忽忽已延二年，憲法起草委員會，自二年七月間開始，已

註㊁　以上看吳宗慈前書上編第三章第七節第十一節及第十四節；及憲法起草委員會會議錄第二次會議記錄。

註㊂　全文見二年十月五日政府公報。

逾兩月而竣事無期；卽竣事矣，憲法會議又不知須經若干時日之討論，始克完成大法。以是主張先選總統後定憲法者振振有詞。國民黨議員因懼袁世凱斷行非常手段，解散國會，遂亦贊成先選總統，冀緩和袁氏之壓迫，而保持本黨一部分勢力。二年九月五日衆議院遂以二百一十三人對一百二十六人之多數，爲先舉總統之決議；但總統選舉問題牽涉未來憲法，非一院所能決定，因更咨請參議院請求同意。參議院於九月八日亦議決表示同意。九月十二日參衆兩院，乃依元年國會組織法關於制憲之規定，開兩院聯合會，討議總統選舉方法。當經議定，將關於憲法中選舉總統之部份，委託憲法起草委員會起草，並限五日內完成該項草案。該聯合會隨卽自行議定憲法會議規則共五十八條，㊃以爲討論總統選舉法草案之準備。憲法起草委員會之大總統選舉法草案㊄曾依期完竣。憲法會議（卽兩院聯合

註㊃ 該規則全文載民國五年憲法會議公報第一冊。

註㊄ 大總統選舉法草案原文見吳宗慈前書上編第五章第三十九節。

會）乃於九月二十九日開始討議，至十月四日卽完成審議，二讀會，及三讀會，諸種程序。因此項大總統選舉法將構成未來憲法之一部（民國十二年十月十日北京國會所頒布之中華民國憲法第七章關於總統選舉各條文與此全同）該會議於十月四日議決後，遂逕以該會議之名義公布，而不送請總統公布。以下便是此項選舉法的幾個要點：第一，總統之產生採用國會選舉制，不採人民選舉制。第二，總統之繼續當選以一次爲限。第三，設置副總統，以爲總統職務之補充者；於正副總統同時缺位之場合，乃以國務院攝行總統職務。第四，當選爲正副總統者，必須獲有高額票數；第一次及第二次投票，非得票滿出席人數四分之三不能當選；第三次行決選之投票，亦非有得票過出席人數之半不能當選。該法成立後，袁世凱卽依該法於十月六日當選爲正式大總統。㈥

註㈥　十月六日最初兩次投票，袁氏得票雖俱比較最多，然皆以不滿法定四分三數，不及當選。第

自大總統選舉法成立而後，吾國制憲事業，倘僅從形式上說，或可告一結束；因爲臨時約法，國會組織法，與大總統選舉法三種法律相互補足，實已構成一種與現代一般憲法相似之正式憲法。 蓋就規定之事項而言，臨時約法之不得成爲正式憲法者，不外兩點：一則該法尚未設有國民代表機關（該法所設立之參議院只須由各地方自由『選派』之代表組成）；一則該法尚未規定總統之任期。 自國會

三次投票，就第二次得票較多之袁世凱，黎元洪二人行決選，袁氏始以得票過投票人數之半當選爲大總統。 是日自晨八時開始選舉，至下午十時始畢事。 有自號『公民』者數萬人，整齊嚴肅如軍伍，包圍選舉場數十匝，迫即日選出彼等所屬望之總統，否則不令議員出議院一步。 議員遂不得不忍饑終日以行選舉。 直至袁氏當選之聲傳出，各『公民』始高呼大總統萬歲，振旅而去。 翌日選舉副總統，初無『公民』之迫，然第一次投票，黎元洪即以得票滿四分三數而當選。

組織法成立，前一個缺點已經改正；自大總統選舉法成立，後一個缺點亦已補足。以故併此三法觀之，已屬應有盡有。然此究係僅從形式而言。從臨時約法諸種規定之原則說，當時人士固尙多深致不滿者。且卽就形式說，臨時約法既非產自國民代表機關，亦非產自統一政府，固亦不無弱點可舉。以是，一般人士，始終不認臨時約法可以看作正式憲法或正式憲法之一部。庸詎知擾擾攘攘十餘年，仍然不獲產出一個形式與內容較洽人意之正式憲法！

四　中華民國憲法草案之完成　憲法起草委員會之大綱起草員提出議題共計十二則。議題提出後，委員會自二年八月二日至九月二十三日已就各議題完成其原則上之討議。於是條文起草員卽着手起草全部憲法之條文。起草完畢，委員會自十月四日起卽開始二讀會；至十月三十一日全案之三讀會卽已完成；是爲中華民國憲法草案（一般稱爲天壇憲法草案）㈦　蓋袁氏破壞國會與憲

註㈦　中華民國憲法草案全文見吳宗慈前書前編中華民國憲法案會議經過對照表。

法會議之決意，當時已極明顯，委員會爲使其工作有相當之結果，不得不急爲收束之計。以故全部草案之三讀會，僅於一日成之——袁氏下令撤銷國民黨議員的議員資格，距草案三讀會之完成不過三日，當時國會地位之危迫，可以想見。

在這個草案起草及討議時期，國會內外人士最注重之憲法問題，似乎不外三項。其一，爲地方機關的權限與組織問題。這個問題，在委員會內雖然已有人提起，而因憲法起草委員會急於收束，遂完全未及納入草案，亦未細加討論。該草案僅於其第一條有『中華民國永遠爲統一民主國』之宣示，以示該草案爲一種單一憲法，而非聯邦憲法。㊇ 其二，爲孔教問題。當時輿論及各教教民，對於這個問題，議論蠭起，文電交馳；在委員會中，國民黨委員張耀曾谷鍾秀等反對以孔教爲國教；進步黨議員汪榮寶等則主張之；最後各方互相牽就，乃於規定國民義務教育條

註㊇ 憲法起草委員會會議錄第二十四次會議記錄。

款之下，增入『國民教育以孔子之道爲修身之大本』一項。其三，爲行政機關的權力問題。委員會中各派委員對於行政機關之權力，雖不抱一致之見解，而總統制則幾爲全體一致所拒絕。㊈ 但是該草案雖然採取了責任內閣制，卻又給予行政機關以兩種重大職權，卽頒布緊急命令權，與財政緊急處分權，是。基於國民黨議員之提議，該草案乃設有國會委員會以限制總統緊急命令權之行使。以上三項問題，在民國五六年憲法會議審議會及二讀會程序中，俱曾引起多方的爭辯。

五　袁氏干預制憲暨國會解散

贛寧討袁之役既歸失敗，袁世凱之勢燄益高。然袁氏固欲藉國會選彼爲正式總統，以正對內對外之名義，故於國會初尚虛與委蛇。迨二年十月十日袁氏就正式大總統職後，遂對於這個制憲機關，不惜一再干涉，一再威逼。

註㊈　憲法起草委員會會議錄第六次會議記錄。

袁氏干涉之初步，在向國會提出增修臨時約法案。㊉ 十月十六日，袁氏因不堪臨時約法之束縛，乃咨請國會於憲法成立以前立即增修臨時約法。 蓋袁氏雖依大總統選舉法當選爲正式總統，而正式大總統之職權，依該法附則之所規定，暫時固仍須以臨時約法關於臨時大總統之規定爲準。 在這個增修案內，袁氏要求：（一）總統制定官制官規不徵參議院之同意；（二）總統任免國務員，外交大使，以及一切文武職員，不徵參議院之同意；（三）總統宣戰，媾和，及締約，不徵參議院之同意；（四）總統享有緊急命令權，（五）總統享有財政緊急處分權。 袁氏提出這些增修條款，一方面固在抨擊臨時約法，同時也就是表示袁氏對於正式憲法之主張。 然而國會議員率認憲法行將議定，無增修約法之必要。

袁氏干涉之又一步爲咨憲法會議要求憲法公布權。⑪ 二年十月四日大總

註㊉ 袁氏要求增修臨時約法咨文（附增修案）見吳宗慈前書前編第三章第二十二節。

註⑪ 此項咨文見吳宗慈前書前編第三章第二十三節。

統選舉法議決後，係由憲法會議自行公布，前已述及。袁氏以憲法全由憲法會議制定，行政機關並公布權而亦無之，無由持其短長，深致不滿。惟袁氏預備於十月十日就正式總統職，爲期甚迫，若與國會爭持，總統選舉便或不能如期完成；故夷然受之。袁氏就職後，於十月十八日，忽咨憲法會議，爭憲法公布權。憲法會議以憲法草案尚未成，無開議之機會，亦置之未復。

袁氏干預制憲之第三步，爲要求派遣委員列席憲法會議及憲法起草委員會，陳述意見。袁氏一面提出增修約法案於國會以表示其關於憲法之意旨，一面又派遣施愚，顧鰲，饒孟任，黎淵，方樞，程樹德，孔昭焱，余棨昌等八個委員，列席憲法會議及憲法起草委員會陳述意見。十月二十四日，憲法起草委員會開會之時，八委員突至，言奉有大總統委任，來會陳述意見。該委員會以依照該會規則，僅許國會議員旁聽，其他無論何人，不特無發言權，抑且無旁聽權，因拒絕之。其實當時委員會已將憲法草案之條文，大部議畢，大旨尤早經決定；卽令八委員得以陳述，亦不能更

易大旨。

袁氏干涉之第四步爲通電各省都督民政長，攻擊憲法草案，並嗾使反對。袁氏因以上干憲之步驟，着着失敗，乃斷然的爲毀壞國會之計。 八委員被拒之翌日，即十月二十五日，袁氏即通電各省都督及民政長，指摘憲法草案內容之不良；十一月四日，（時憲法草案已完成，）復賡續發布指摘草案之電，嗾使各督軍等出而反抗。(十五) 於是各省都督民政長以及其他文武官吏，皆攘臂瞋目而議憲法；甚焉者且力倡解散國民黨，撤銷國民黨議員，撤銷草案，解散憲法起草委員會，解散國會之議。

袁氏干憲之最終步驟爲撤銷國民黨議員，與解散國會。 十一月四日，袁氏下令解散國民黨，撤銷國民黨國會議員；凡自湖口革命之日起，籍隸國民黨者，皆追繳議員證書徽章。 是日下午四時軍警開始執行，撤夜不息，至翌晨八時始畢，被追繳

註(十五) 兩電俱見吳宗慈前書前編第三章第二十六節。

者凡四百三十八人；初僅追繳三百五十餘人，計兩院猶足法定人數，有開會之希望，遂又補行追繳八十餘人，卽湖口起事以前已脫黨者亦無一倖免。嗣是，參衆兩院遂以不足法定人數，不能開會。未幾，各省都督民政長黎元洪等，復聯名電請袁氏遣散國會殘留議員。袁氏據交政治會議審議具覆。政治會議原係一種行政會議，爲熊希齡內閣所召集；其目的原在討論地方行政事宜，其構成分子，純爲各省行政長官派遣之委員。於二年十一月五日經國務院通電召集，蓋適丁撤銷國會議員之政變。召集之後，政府因利乘便，改名爲政治會議，冀令稍分政府蹂躪法律，摧殘國會之責任。尋政治會議於三年一月十日議覆，認黎元洪等原電所請爲正當辦法。袁氏遂於是日以熊希齡梁啓超等全體閣員之副署，下令停止國會殘留議員職務，國會遂完全解散。

第四節　國會解散迄袁氏殂落

這個時期自民國三年一月十日起，至民國五年六月六日止。 在這個時期內，袁氏先後挾其政治會議，約法會議及參政院三個御用機關，成立了諸種具備憲法形式以及關係制憲問題之法律。 這是中華民國制憲史上之第一黑暗時期。

一 民國三年五月一日中華民國約法㊀

袁氏於二年十一月四日撤銷國民黨議員之後，復於二年十一月二十六日，將熊內閣通電召集之行政會議，以大總統命令，改爲政治會議；其構成分子，除各省派來委員外，並有總統，國務總理，中央各部所派委員，暨各部總長。 政治會議於二年十二月十五日開始集會，至三年五月二十六日參政院成立，始消滅。 在這五個月期間內，該會議曾經議決多數法案；其最重要者則爲約法會議組織條例，與中華民國約法：

政治會議一經成立，袁氏即向該會議諮詢修改民國元年臨時約法程序（二一

註㊀ 全文見本書附錄(三)。

年十二月十八日。）該會議迎合袁氏意旨，於三年一月十日，除呈請袁氏容納黎元洪等之請求，解散國會外，並呈復袁氏，聲稱約法有修改之必要，主張『特設造法機關，以改造民國國家之根本法。』該會議旋即議定約法會議組織條例，由袁氏於三年一月二十六日以教令公布。所謂約法會議，即由是而產生。依該條例之所定，約法會議係以『議決增修約法案及附屬於約法重要之法案爲其職權。』約法會議議員，依該條例規定應由（一）京師選舉會選出四人；（二）各省選舉會各選出四人；（三）蒙藏青海選舉聯合會選出八人；（四）全國商會聯合會選舉會選出四人。凡充任選舉人者，必須具備四種資格之一；即（一）曾任或現任高等官吏而通達治術者；（二）由舉人以上出身而夙著聞望者；（三）在高等專門以上學校三年以上畢業而研精科學者；（四）有萬元以上之財產而熱心公益者。選舉權資格之嚴，蓋爲任何國家選舉法之所無；而『通達治術，』『夙著聞望，』『研精科學，』『熱心公益』云云，尤無一不授政府以操縱選舉名册之柄。

被選舉人資格較此更嚴；凡當選爲約法會議議員者，須以列名於政府所制定的被選舉人名冊者爲限。 其尤奇者，關於選舉人之調查，選舉監督『得因便宜以現任於該選舉監督駐在地方者爲限；』當選人於當選後仍須經政府所組織之審查會審定合格，始能充任議員！ 所以約法會議議員，在形式上雖亦略具選舉之形式，實則彼之所謂選舉，仍無異於指派；其所產生之議員，殆無一非政府之工具。

約法會議於三年三月十八日舉行開會式；孫毓筠當選爲議長，施愚當選爲副議長。 當由袁氏提出增修臨時約法大綱七項： 一，爲外交大權應歸諸總統，凡宣戰媾和及締結條約，無庸經參議院之同意；二，總統制定官制官規及任用國務員與外交大使公使，無庸經參議院之同意；三，採用總統制；四，正式憲法應由國會以外之國民會議制定，由總統公布；正式憲法之起草權亦應歸於總統及參政院；五，關於人民公權之褫奪回復，總統應自由行之；六，總統應有緊急命令權；七，總統應有財政緊急處分權。 嗣後約法會議議決中華民國約法，於三年五月一日由總統公布；一般

之所謂『新約法』者指此。此約法內容，對於總統制，官制官規制定權與職官任用權，緊急命令權，財政緊急處分權等事項之規定，無不完全依據前述大綱；對於其他事項之規定，大體上亦皆容納袁氏之所提議。此外，該約法對於立法權，係採用一院制，設立法院；對於行政權，另設參政院以爲大總統之諮詢機關。自此約法成立，元年臨時約法，元年國會組織法，二年衆議院議員選舉法，與參議院議員選舉法，遂俱被毀滅。

二 民國三年十二月二十九日修正大總統選舉法及其他 依照中華民國約法之規定，參政院及立法院之組織，亦須由約法會議議決。因是該會議復議定參政院組織法（三年五月二十四日公布），立法院組織法及立法院議員選舉法（均於三年十月二十七日公布）。參政院參政，純由總統委任；立法院議員選舉法所設定之選舉權資格，與約法會議組織條例同樣嚴酷。參政院於三年六月二十日成立。原來之政治會議至是取消。以故參政院隱然爲政治會議之續。參

政院一經成立，袁氏又以總統命令（三年六月二十九日）宣布參政院依照中華民國約法，代行立法院職權。立法院始終未成立；以故參政院又始終爲立法院之代替者（參政院至五年六月二十九日始被裁撤）

三年八月十八日，代行立法院職權之參政院，迎合袁氏意旨，向袁氏建議修改二年十月四日之大總統選舉法。約法會議於三年十二月二十八日議決修正大總統選舉法，由袁氏於十二月二十九日公布，並經袁氏另以告令布告修正之理由。此項選舉法亦爲一種空前之文書，其內容要點，一爲總統任期改爲十年，連任亦無限制；而且凡屆大總統選舉之年，參政院參政（卽總統所任命之官員）如果『認爲政治上有必要』時，得爲現任大總統連任之決議；二爲總統繼任人應由現任總統推荐於總統選舉會（由參政院及立法院各選五十人組織）其名額以三人爲限；而現任總統則當然的得以繼續當選。以故此法頒布之後，袁氏之地位，實際上將與終身總統無異；而二年十月四日之大總統選舉法，一時遂完全毀滅。然不旋

踵而君憲運動又起。這個承認終身總統制之選舉法，於民國四年十二月十二日袁氏下令承認稱帝之時，亦遭唾棄。

中華民國約法並規定將來正式憲法案（該約法雖無臨時字樣，而當時造法諸人亦尚不認爲正式憲法）應由參政院推定起草員十人起草，其草案應由參政院審定，由國民會議複決——國民會議僅有可決或否決之權，而不能自行修正；倘欲修正，須將意見提付憲法起草員使依起草程序爲之。 國民會議之組織，依約法之所定，亦應由約法會議議決。 尋約法會議議定國民會議組織法，由袁氏於四年三月十二日公布。 然國民會議始終未成立；正式憲法問題亦因君憲運動發生而始終擱置。

三 君憲運動之失敗 自國會解散，在事實上袁氏已成獨裁元首；自中華民國約法宣布，在形式上，袁氏亦成獨裁元首；自修正大總統選舉法宣布，袁氏更儼然將爲終身總統了。 於是一般希意承旨攀權附勢之政客官僚，更倡君主立憲主義，

以爲袁氏稱帝地步。在民國三年夏，清室遺老劉廷琛勞乃宣等，目覩袁氏有帝制自爲之心，曾倡宣統復辟之論，予袁氏以一種打擊。彼等俱勸袁氏奉還大政於清帝而爲之臣。袁氏對於此種復辟運動曾於三年十一月二十三日特以明令嚴加禁止。乃甫及一年，又有以擁袁氏爲目的之君憲運動出現。四年八月上旬，中國顧問美人古德諾 F. J. Goodnow 氏著有君主立憲優於民主立憲，以及中國不宜採用民主國體之說，爲政府機關報——亞細亞日報——用大號字揭載。古氏言論是否含有勸進意思雖不可知，其爲袁政府所利用固極顯然。八月十五日，楊度，孫毓筠，嚴復，劉師培，李燮和，胡瑛諸人，遂有籌安會之設。在表面上該會雖聲稱僅從學理上研究君主立憲與民主立憲之得失，實則『函電交馳，號召各省軍政兩界，各派代表，加入討論，』遠出研究學理之範圍以外。肅政廳雖亦曾上書政府請予取消，政府則隱庇如故；內務部雖曾三度下令取締，亦純屬表面文章。未幾，籌安會以君主立憲應當採行，復改稱憲政協進會，儼然以主張立憲之政黨自居。然一種

政黨固無權可以變更國體，袁氏本人，在形式上亦不便負變更國體之責。於是，始則有變更國體之請願書出現於代行立法院職權之參政院，繼復有參政院請求召集國民會議以解決國體問題之建議書送達於政府。未幾，該院復議決國民代表大會組織法，於四年十月六日經袁氏公布。該組織法規定以國民會議之初選人爲選出國民代表之基礎；國體問題由國民代表大會投票表決。嗣參政院復接准各省區國民代表大會文電，致送表決國體問題票數，並委託該院爲國民代表大會總代表。該院於是年十二月十一日開會彙查全國國民代表共一千九百九十三人，得主張君主立憲票一千九百九十三張；並接准各省區國民代表大會文電，一致推戴袁氏爲皇帝。此次投票結果，完全出於中央及各省官吏之作僞，爲一般所深知，無煩申敍。四年十二月袁氏遂下令承認帝制，更於同月三十一日下令改明年爲洪憲元年。然承認帝制之令甫頒，雲南宣告獨立之電卽至（四年十二月二十三日）。各省紛紛響應，袁氏之地位轉瞬便陷於極端危殆境況。五年三月二十二

日，袁氏爲挽救自己地位計，遂又下令撤銷承認帝位案。然各省仍相繼宣告獨立，最後則一致要求袁氏去位。五年六月六日袁氏遂憤亡於新華宮。

第五節　國會恢復迄宣統復辟

自五年八月國會第一次復活迄民國六年六月復辟亂作，爲制憲問題在國會裏面爭辯最烈的時期；然在這一年期間內正式憲法仍未完成，中華民國憲法草案尚有一部分未及通過二讀會。段祺瑞與督軍團之壓迫固爲國會制憲工作失敗之主因；國會議員目擊環境之危殆，而仍競尚意氣，玩視己責，自亦不能逃免失敗的責任。

一　中華民國憲法草案之續議

袁氏既歿，副總統黎元洪氏依二年大總統選舉法於五年六月七日就大總統職。於是各省相繼取消獨立，承認擁護中央，全國又呈統一現象。六月二十九日，黎遂下令申明臨時約法及二年大總統選舉法

爲有效，並申明民國三年解散之國會應續召集以完憲法。該令云：『共和政體首重民意；民意所寄厥唯憲法；憲法之成專待國會。我中華民國國會，自三年一月十日停止以後，時越兩載，迄未召復，以致開國五年，憲法未定，大本不立，庶政無由進行。亟應召集國會，速定憲法，以協民志而固國本。憲法未定以前，仍遵行中華民國元年三月十一日公布之臨時約法，至憲法成立爲止。其二年十月五日宣布之大總統選舉法，係憲法之一部，應仍有效。此令。』這個命令頗含以命令恢復憲法的口氣；當時言法者於此不無指摘。然此不過形式問題。黎氏就職既係以約法與大總統選舉法爲根據，則其承認該法繼續有效，固屬事有必至。同日，黎氏並下令，以五年八月一日爲舊國會開始集會之期。屆期，國會在衆議院行開會式；兩院議員到者五百餘人。是爲國會之第一次恢復；稱爲國會第二次常會。國會集會後卽決定繼續民國二年之制憲工作，而以民國二年憲法起草委員會所議定之中華民國憲法草案（卽所謂天壇憲法草案，）爲兩院憲法會議討議之基礎。

中華民國憲法草案自五年九月五日至十三日，在憲法會議完成初讀程序，卽憲法起草委員會委員說明草案旨趣之程序。 自五年九月十五日至六年一月十日，該草案已完成審議程序，卽憲法會議全體議員就草案內已有（或未有而應加入）之重大問題共同議決其原則之程序。 在這個期間內，審議會綜共開過二十四次；大部分問題雖經審議會討論出一個結果，然亦有一部分問題，審議而無結果。自六年一月二十六日起，憲法會議，對於中華民國憲法草案開始二讀會程序，卽逐條議決之程序；直至六年六月國會第二次解散之日，該草案仍有一部分問題，未及完成二讀會。

在這個期間內，中華民國憲法草案之曾經二讀會議決修正者，以次述諸項爲最重要：㈠ 第一爲關於孔教之規定。 尊孔問題發端於民國元年。㈡ 民國二年

註㈠ 看吳宗慈前書上編第四章第三十三——三十四節。

袁氏傾向專制，尊孔之說益盛；是年六月二十二日袁氏並曾以明令恢復祀孔之禮。以是，進步黨黨員，在民國二年天壇憲法起草委員會中，極力主張以孔教爲國教。該會所成立之憲法草案雖未完全容納該項提議，然亦設有『國民教育以孔子之道爲修身大本』之文（草案第十九條）。袁氏既死，帝制已歸失敗，尊孔問題因亦隨而沉寂；然在民國五六年憲法審議會與二讀會時期，此問題依然引起許多辯論，蓋反對者既欲打消草案之規定，倡尊孔說者則尚以草案之所規定爲不滿足。最後，則依雙方之妥協，廢去草案之規定，而代以承認『中華民國人民有尊崇孔子及信仰宗教之自由，非依法律不受限制』之條文；其漫無意義，顯而易見，無俟申說。

註㈡　元年七月間，在北京集會之臨時教育會，於其所編之學校管理規則中，因受民黨勢力之影響，毫無關於祀孔之規定。當時一部人士對之頗形憤慨，遂有孔道會，孔教會等組織出現；是爲尊孔問題之濫觴。

第二，爲關於國會委員會之規定。草案之此項規定，在於議會閉會期內留一監督政府之機關；然在民國五六年審議會及二讀會中，此項規定，卻爲極大多數議員所反對；彼等以爲寥寥四十委員，難免不爲政府所利用，且國會會期每年既有五閱月之久，亦殊無設置此項委員會之必要。因之草案內關於國會委員會條文，在審議會及二讀會時，俱被極大多數否決。第三，爲關於緊急命令權之規定。草案原定『大總統爲維持公共治安，防禦非常災患，時機緊急，不能牒集國會時，』得經國會委員會之同意，發布與法律有同等效力之命令。此項規定，在二讀會時，曾受嚴重之攻擊。攻擊者以此項規定不獨危險，亦且決非必要；蓋草案對於一般變亂已經授予總統以依法宣告戒嚴之權；其於外國加兵中國之場合，並已承認總統得以逕自宣戰；至於天災地變之場合，如大地震大水災之類，行政機關所需要之權力，不外財政一端；而草案於此亦已設有財政緊急處分之規定。㊂因是，草案該項條文卒

註㊂ 吳宗慈前書前編論壇異同集粹第117頁。

以主張維持者不滿法定人數，遂被二讀會廢棄。 此項條文之廢棄，與國會委員會條文之廢棄，恰相對待；行政機關之自由，雖因國會委員會之廢除而增加，卻又因緊急命令權之廢除而縮小。 第四，爲關於議員兼任國務員之規定。 草案規定「兩院議員不得兼任文武官吏，但國務員不在此限；」蓋草案既係採用議院內閣制，則就理論言或列國實例言，議員之兼任國務員當然不應遭受禁止。 但二讀會竟議決刪去但書。 第五，爲關於國會集會之規定。 草案雖承認國會自行集會，開會，及閉會，而常會以外之臨時會，則必須由總統牒集。 此項規定曾經引起各方激劇的爭辯。 最後通過二讀時，該項規定，改爲依總統之牒集或兩院議員各有三分一之聯名通告，國會俱得開臨時會。

凡上所述俱爲民國六年二讀會通過案中與草案原文相異之要點。 此外，草案中之重要規定，如關於兩院組織之規定，與關於不信任投票之規定，當時雖亦引起許多爭辯，草案原文卒被通過。 在民六二讀會中討論無結果之問題，最要者，一

爲解散國會權問題；二爲省制問題。 關於解散國會一層，草案雖賦予總統以解散衆議院之權，卻亦設有（一）須經參議院列席議員三分二之同意，與（二）同一會期不得爲第二次解散，兩大限制。 當時不滿於該項規定者，或則主張全然不設解散權，或則尙認草案所設之限制太嚴。㉚ 議論紛紜，以是此項條文在民六二讀會中未及議決。 至於省制問題，其引起當時國會議員之爭執，尤遠在一切其他問題之上；國會之遭受二次解散，此項爭執亦一要因。

中華民國憲法草案，因草案完成時國會情勢危殆，不及規定省制問題，前已述及。 民國五年憲法會議審議會中，國民黨議員多主省制入憲，而憲法研究會（舊進步黨黨員梁啓超，湯化龍，藍公武，劉崇佑，林長民等所組織）及憲法討論會（克希克圖，夏同龢，烏澤聲等所組織）則肆力反對。 於五年十二月八日審議會中，雙

註㉚ 吳宗慈前書前編論壇異同集粹第78－102頁。

方辯論，竟至發生轟動一時之大鬪毆案。事後憲法研究會並通電各省督軍省長，以啓督軍干憲之漸；而主張省制入憲者亦通電全國以相抵抗。擾攘一月，各黨爲至再至三之協商，始成立一個十六條的地方制度草案㊄交付憲法起草委員會使標列章條次序，提出憲法會議。及該草案付大會審議時，湯漪，秦廣禮，駱繼漢，呂復等又各提出修正案。㊅於是各方之意見又分裂。從前反對地方制度加入憲法之政團，如研究會討論會等之分子復紛紛提出辭職書以表示其反對之意。當時在京集會之督軍團（不詳）聯名訾議憲法，呈請大總統解散國會，亦係反對派運動而來。直至六年六月國會解散之日，地方制度案在憲法會議中，雖曾經過審議程序，卻完全不及通過二讀會。

註㊄　見吳宗慈前書，上編第六章第279－281頁。

註㊅　湯案，駱案，秦案，呂案全文見吳宗慈前書，上編第六章第297－299頁及第301－303頁。

當時各方爭論之要點，一在省制應否入憲，一在省長應否民選。急進者主張省制入憲並主張省長民選。反對者不特主張省長應由中央任命，並且反對以任何省制列入憲文。折中派則主張省制入憲而不主張省長民選。在各黨協定之地方制度草案，以及湯漪之修正案與駱繼漢之修正案內，俱已承認省長應由總統任命；在呂復修正案中，省長之產生，應由議會分次選舉二人，由總統擇一任命；惟秦廣禮修正案則仍主張省長由人民選任。至於省制入憲問題，反對者所注重的固然是實際的障礙；主張者亦未始非鑒於當時實際的混亂而思有所補救。所謂實際的障礙，便是當時各省督軍之跋扈；督軍既極跋扈，則卽以憲文規定一種地方制度，彼等亦未必能就範圍；果爾，則憲法之權威將不旋踵而墮地。這便是反對省制入憲者之理由。所謂實際的混亂，就是中央與地方權限不分，而其所以致此，督軍制度實爲主因。主張以省制入憲的人，所注重的在矯正此種混亂狀態。但嚴格地說來，各黨協定之地方制度草案，以及諸修正案，其內容俱未嘗採取聯邦主義：

各該案雖俱列舉了若干事項認爲地方機關可以立法或執行；然各該案俱不曾明認中央立法權應受該項列舉之限制。換句話說，就是地方事權初不因是而不能受中央立法機關之剝奪。㊆ 此與南非洲憲法之規定約略相似，初不能與聯邦憲法相提並論。㊇

註㊆ 各黨協定之地方制度草案第四條云：「省議會以不抵觸中央法律爲限，有左列各職權：……」略案第八條云：「……省議會之職權以不抵觸國家法令及省長所執行者爲限，議決省內行政事務。」 呂案第二條云：「該議會限於不違背國家法律，得制定行於該省內之法律。」秦案第五條云：「省議會議定本省一切法律條例，但不得抵觸國家法令。」 湯案第三條云：「省之法令與國家法令相抵觸時，大總統依國會議決得取消或變更之。」 凡斯規定，似俱認憲法上所列舉的地方事權，不能限制國會之立法權；各黨協商案尤顯然如此。

註㊇ 參看本書第四編第四章第一節。

二　國會解散與復辟

先是段內閣因解決軍務及對德宣戰問題，特召集各省督軍及各特別區都統在北京舉行軍事會議，於六年四月二十五日開會；督軍都統親自到會者甚衆；關於外交問題，一致主張對德宣戰，冀以威脅國會中反對宣戰之民黨而爲段氏對德政策之聲援。　然國會終不通過對德宣戰案。　國會中憲法研究會黨員乘機構煽，於是始則督軍團聯名訾議憲法，呈請總統解散國會；繼則各省督軍相繼宣布脫離中央。　黎元洪總統覩形勢之危殆，乃擬假外援以自保。　當時別樹一幟，能與段派相抗者厥惟張勳。　黎氏乃召張勳入京；名爲共商國是，實則借以自保。　六月七日張勳由徐州率兵北上，八日抵京。　先派兵入京，並電陳調停條件，請限日解散國會。　黎氏不惜身冒不韙，於六月十二日，逕納張勳之請，下解散參衆兩院之令。㈨　該項命令當然須國務總理副署；然當時段總理已免職，新總理

註㈨　解散令云「上年六月本大總統申令，以憲法之成，專待國會。　開國五年憲法未定，大本不立，亟應召集國會，速完憲法，等因。　是本屆國會之召集，專以制憲爲要義。　前據吉林督軍孟恩

李經羲復未履任；乃臨時任命步軍統領江朝宗兼代國務總理，使副署解散令。 蓋臨時約法以及當時其他任何法律，俱無關於解散議會權之規定，其他國務員如伍廷芳等，爲避違法之嫌，俱不願副署此項非法命令。 黎氏於解散令發表之日，又另電各省，述其受迫之情形，與甘冒違法之苦衷。

遠等呈稱：「日前憲法會議及審議會通過之憲法數條內，有「衆議院有不信任國務員之決議時，大總統可免國務員之職，或解散衆議院；惟解散時須得參議院之同意。」 又「大總統任免國務總理，不必經國務員之副署；」又「兩院議決案，與法律有同等效力」等語；實屬駭悚異常。 考之各國制憲成例，不應由國會議定，故我國欲得良妥憲法，非從根本改正，實無以善其後。 以常事與國會較，因國會重，以國會與國家較，則國家重。 今日之國會，既不爲國家計，惟有仰懇權宜輕重，毅然獨立，將參衆兩院即日解散，另行組織，俾議憲之局，得以早日改圖，庶幾共和政體永得保障」等語；近日全國軍政商學各界，函電絡繹，情詞亦復相同。 查參衆兩院，組織憲法會議，時將一載，迄未告成；現在時局艱難，兩院議員，紛紛辭職，以致迭次開會均

國會既經解散，張勳遂於六年六月十四日入京。張之參謀萬繩栻等已先密電康有為等來京。康既入京，卽與張計畫復辟。六月三十日晚，張勳邀集北京軍警長官王士珍（陸軍總長）江朝宗（步軍統領）吳炳湘（警察總監）等告以復辟之謀，王等不敢反對，議遂定。七月一日晨三時，張勳偕王士珍，江朝宗，吳炳湘，陳光遠，勞乃宣，劉廷琛等數十人，同入清宮，奏請復辟。當經清帝發布上諭，宣言「臨朝聽政，收回大權，與民更始；」其意以為民國政府原係受諸清廷，此次復辟，係因共和試驗失敗而收回大政。㊉同日清帝並任命內閣議政大臣，各部尚書，弼德院

不足法定人數，憲法審議之案，欲決定而無從，自非另籌國法，無以慰國人憲法期成之喁望。本大總統俯順輿情，深維國本，應卽准如該督軍等所請，將參衆兩院卽日解散；剋期另行選舉，以維法治。此次改組國會，本旨原以符速定憲法之成議，并非取消民國立法大機關。邦人君子，咸喻此意。此令。」

註㊉ 復辟上諭云「朕不幸，以四齡繼承大業，煢煢在疚，未堪多難。辛亥變起，我孝定景皇后至德

正副院長，南洋大臣，北洋大臣等若干人。 復辟之局暫定。 黎元洪氏以復辟禍作

深仁，不忍生民塗炭，毅然以祖宗創垂之重，億兆生靈之命，付託前閣臣袁世凱；設臨時政府，推讓政權，公諸天下，冀以息爭弭亂，民得安居。 乃國體自改共和以來，紛爭無已，迭起干戈，彊劫橫斂，賄賂公行。 歲入增至四萬萬而仍患不足，外債增出十餘萬萬，有加無已。 海內囂然，喪其樂生之氣，使我孝定景皇后不得已遜政恤民之舉，轉以重苦吾民。 此誠我孝定景皇后初衷所不料，在天之靈，惻痛而難安者，而朕深居宮禁，日夜禱天，彷徨飲泣，又不知所出者也。 今者復以黨爭，激成兵禍，天下洶洶，久莫能定，共和政體，補救已窮。 據張勳馮國璋陸榮廷等以國體動搖，人心思舊，合詞奏請復辟，以拯生靈；又據瞿鴻禨等，為國勢阽危，人心渙散，合詞奏請御極聽政，以順天人；又據黎元洪奏請奉還大政，以惠中國而拯生民各等語。 覽奏，情詞懇切，實深痛懼，猶不敢以天下存亡之大責，輕任於沖人微渺之躬；又不忍以一姓禍福之讆言，遂置億兆生靈於不顧。 權衡輕重，天人交通，不得已允如所奏，於宣統九年五月十三日臨朝聽政，收回大權，與民更始。

後，卽致電副總統馮國璋請其依法代行總統職權；一面並復任段祺瑞爲國務總理；聲明於副總統未經正式代理以前，卽由段負責處理一切事宜。黎氏本人則避居使館區域。嗣因段氏以及多數督軍出而反抗復辟，張勳軍隊於六年七月十二日卽被彼等毀滅；張亦逃避荷蘭使署。復辟之亂，亦遂告終。

第六節 西南護法迄國會二次恢復

這個期間約略亙五年之久（民國六年夏至十一年夏。）國會制憲事業，除極短時期外，蓋完全停頓；但是南方諸省，在這個期間內，卻產生了一種風靡一時之省憲運動。

一 西南國會之護憲 先是國會非法解散後，國民黨一派議員，紛紛赴滬，作恢復國會之運動。嗣復辟亂作，專注意於國體恢復，遂未暇及此。復辟亂平之後，馮段執政，不召集舊國會。於是旅滬議員及孫中山等倡議護法；孫氏旋卽赴粵，國

會議員亦紛紛南行，謀在粵自行集會；祇以不足法定人數，遂於六年八月三十一日，僅成立國會非常會議，並制定軍政府組織大綱，選舉孫中山爲大元帥。　七年五月十八日，該非常國會復議決取消大元帥制，通過一種中華民國聯合政府組織大綱，設政務總裁七人（由國會選舉）組織政務會議，共同決定最高行政事務；二十日唐紹儀，唐繼堯，孫文，伍廷芳，林葆懌，陸榮廷，岑春煊當選爲總裁，是爲中華民國採用行政合議制之始。　七年六月十二日，在粵之國會議員，依同年三月十八日兩院議院談話會之決議，宣告繼續第二屆常會之會期，開正式國會於廣州。　惟此時到會議員仍未到法定之過半數，實際上正式會議仍未獲成立。　雖思將未到會之議員除名而以候補議員遞補；然除名亦須經過半數議員之議決。　於是除名之規定亦無法適用。　卒以急於湊足法定人數，雖一面已經聲明此次集會爲繼續第二屆常會之會期，一面仍借用民國二年議院法第七條開會後滿一個月尚未到院者應解其職之規定，先後解參衆兩院議員數百餘人之職，此等解職議員之遺缺，先後將候

補議員遞補。至七年九月，法定人數已經湊足，正式會議，遂獲成立。九月二十八日憲法會議之審議會，乃又開始集會；至十二月二十三日，共開會若干次，將北京所審議未完之地方制度，繼續審議竣事。是時議員應召而集者兩院已各有三分二以上之人數；於是憲法會議得以續開二讀會。第一次二讀會議決以審議完畢之地方制度案大綱，交憲法起草委員會起草。初本擬一面由委員會起草地方制度條文，一面由憲法會議續開二讀會，以討議從前北京懸而未決之條文。乃因民國八年初，南北政府開對等和議於上海，議員又多離粵；故地方制度，條文雖經委員會草定，仍不克報告於大會。和議經年，毫無結果；八年冬乃復有召集議憲之舉。於八年十一月十八日開議，至九年一月十二日開二讀會暨審議會各若干次；卒因各政黨間主張不同，協商無效，會議又致停頓。其間各方爭執最烈之問題，爲國會解散權問題，及地方制度章之省長職權問題。爭執之結果，爲政學會一部份議員之拒絕出席與憲法會議之流會。九年一月二十四日，憲法會議議長遂不得不宣告

暫時停止議憲。 西南護憲至是終局。

民國九年國會中『護法』議員之一部，因反對政務總裁岑春煊將與北京政府妥協，又紛紛離粵；離粵後羣赴雲南，於九年八月在雲南省城復開非常會議。 彼等本擬在雲南組織政府；但因唐繼堯不表贊同，遂又議決移國會及軍政府於重慶。九年九月，彼等又抵重慶；復因川省內訌不已，於九年十月又發布宣言，告別川省父老。 直至桂系軍閥被逐於廣州後，十年一月十二日彼等方得復在廣州開兩院聯合會議；至四月十七日復開國會非常會議，並議決中華民國政府組織大綱，舉孫文爲大總統。

二 國會組織法及參衆兩院選舉法之修改 復辟內平，馮段執政之後，北方政府雖未推翻臨時約法，卻不召集舊國會；因是六年九月二十九日段內閣特以總統命令令各省及蒙藏青海各長官遣派參議員另組參議院，以補充約法上之機關。此項機關於六年十一月十日成立。

成立之後，卽進行修改民國元年國會組織法，參議院議員選舉法，及衆議院議員選舉法；修改案議決後均於七年二月十二日經政府公布。 修正之點最要者不外兩點：第一，爲議員名額之減少。 參議院議員名額原定爲二百六十四名；今則改爲一百六十八名；衆議院議員名額原定爲五百五十六名（係假定以每人口八十萬出議員一名，）今則改爲三百七十八名（係假定以每人口一百萬出議員一名。） 第二爲選舉權資格之提高。 各省參議院議員，原定由各省省議會選舉；今則改由『地方選舉會』選舉；『地方選舉會』係由『初選當選人』構成之複選機關；選舉『初選當選人』之選舉人，亦必須是曾受高等教育，或曾充特種官吏之人，或具有高額財產資格之人。 衆議院的初選選舉人資格，亦較元年選舉法提高。第三爲變更參議院選舉機關。 依照元年選舉法，各省參議院係以省議會爲選舉機關；今則各省參衆兩院議員，俱由初選選舉人選出之初選當選人選舉。 以上新選舉法頒布後，政府一面命令內務部依新法籌備國會之選舉，一面組織安福俱樂

部操縱選舉至七年八月十二日國會遂告成立；是即一般之所謂『新國會』或『安福國會』。在這個國會存在期間內（七年八月至九年八月）北方政府毫無制憲工作可言。

九年五月，皖直戰起，安福派失敗。政府於是年八月解散安福俱樂部，擬以元年舊法重組新國會。九年十月三十日徐世昌乃以大總統命令，宣布參衆兩院應從新選舉；並令依照元年國會組織法及元年參衆兩院議員選舉法辦理選舉，於是前述之修正國會組織法及參衆兩院議員選舉法完全失效。嗣後各省遵徐氏命令舉行選舉者不過十一省；已經選出之議員遂始終未及集會。十一年六月，奉直戰爭告終，徐氏被逼出京，黎元洪遂復入京攝行總統職務；民國六年遭受解散之舊國會，遂於是年八月一日復在北京繼續集會。

三　省憲運動　當民國九年夏秋間，南方護法政府解體之後，西南省分，鑒於護法工作之無望，與一時統一之難能，乃轉而爲各省實行自治之主張；而所謂『聯

省自治』運動於以脫胎。 細言之，倡導聯省自治的人，含有兩種理想。 第一，關於統一的方法，他們主張先由各省自行制定憲法（或稱省自治法）俟各省（或若干省）省憲成立，實行自治之後，再由各省遣送代表組織聯省會議，制定國憲，因以完成統一事業。 最初倡導聯省自治主義者，其用意似偏重這一方面。 第二，關於未來的政制，他們主張採取聯邦制度。 倡聯省自治主義的人，誠亦有不認聯省自治主義為聯邦主義者，然而那不過是名詞的爭辨。 實則倡導聯省自治的人，無不主張於國憲上劃定中央與各省之權限——這就是聯邦制度的根本精神。 而倡導聯省自治最力之湘省長趙恒惕，於其致曹吳商榷國是書中，尤明白地說：『在聯邦制之下，則於憲法上將國家各項事權，一部界與中央，一部界與地方，是即流俗之所謂聯省自治。』 聯邦主義之提倡，在民國元二年間，已露萌芽；民國三四年間，經章士釗等甲寅雜誌之鼓吹，漸占勢力。 然而民國五六年間國會中所提出之地方制度諸案，仍未嘗充分的採取聯邦主義，已如前節所述。 自聯省自治運動發生

而後，聯邦思想，一時幾爲多數輿論所贊同。

民國九年以後之省憲運動，就是根據聯省自治的理想而產生的。　各省之首倡自行制憲者爲湖南。　湖南省政府於民國九年十一月二日宣言自治，着手於省憲之制定；至民國十年十二月十一日，省憲草案始經全省公民投票公決，民國十一年一月一日湖南省憲法㈠遂公布施行。　這個省憲制定的程序及其內容，在民國十年至十五年間，影響於他省憲法運動者至爲顯著，茲不得不述其梗概。

就制憲的程序言，湖南省憲法的制定，經過了（一）起草，（二）審查；（三）公民複決三種程序。　這個程序是經湖南省政府提經湖南省議會議決的；其議決案名爲湖南制定省自治根本法籌備章程。　起草的任務，由政府特聘的起草委員十三人組織起草委員會擔任。　其意蓋欲以起草之事畀諸具有專門法政學識與

註㈠　見本書附錄（四）。

經驗之人。審查的任務，由湖南各縣民選的審查委員一百五十餘人，組織審查會擔任。審查會對於起草委員所議決的草案，有修改之權。複決之權，屬於全省公民；複決後由省長公布。當時湘議會，於起草與複決兩種程序之間，更設立審查程序者，無非以爲公民複決，事實上不過一種形式；假使無此中間程序，則最終成立之省憲，實際上只是幾個政府委員的產物。

就憲法的內容而言，湖南省憲法的規定，有兩點値得我們注意：第一，就是列舉省之事權於憲文之中。蓋聯省自治運動的一個理想，原卽聯邦主義，已如上述；以是省權與國權之界，勢不能不於國憲上劃定。而在國憲尙未成立以前，省之事權，自只好於省憲上規定；一則可爲省機關之活動，設定範圍，一則可爲未來制定國憲者立一劃分事權的標準。第二，就是民權的擴張。選舉權之普及於男女兩性；省長之產出，須經全省公民決選（候補當選人四人由議會提出）；公民或法團之享有創制權，複決權，與直接罷免權，等等規定，俱卽此種擴張的表現。但是湖南省憲，

在形式上雖然繼續存立了四年有餘；在實際上，卻有許多條文從未嚴格施行；湖南的軍閥政治，初未嘗因省憲之存在而發生顯著的變更。

自湖南宣布自行制憲而後，南方其他省分亦多以自行制憲相號召；其所採制憲程序及其內容，亦多與以上所述之湘憲制定程序及湘憲特點相似：

浙江省督軍盧永祥於民國十年六月四日卽通電主張自行制憲；浙江省憲起草委員會於同月十六日遂亦着手起草浙憲；旋經浙江省憲法會議議決，而中華民國浙江省憲法一百五十八條，遂於十年九月九日宣布；當時稱爲『九九憲法』；同日尙宣布施行法二十三條㊀。但二法宣布之後，迄未實行。自民國十一年，浙江省議會以爲『九九憲法』未經全民投票複決，遂議決再由省民自行提出憲法草案，而將『九九憲法』作爲草案之一。草案之審查，卽由各草案提案人票舉憲法

註㊀　『九九憲法』及其施行法，俱見商務印書館民國十二年中國年鑑，92－102頁。

審查員，組織省憲審查會行之。　旋收受省民提出之憲法草案一百部；各縣提案人票舉之審查員一百一十人，於民國十一年十一月四日，開省憲審查會於杭州，於十二年一月二十六日閉會。　各憲草歸併審查之結果，計議決憲法草案三種，即所謂紅黃白三色憲法草案㊂者是也。　三色草案原定十二年八月一日交付全省公民複決；由各縣鎮鄉屆時一齊投票，投票人贊成何種顏色所印之憲法，即投何種顏色的複決票，而以得票比較最多數之憲法草案，爲浙江省憲法；但此項投票屆時亦未舉行：三色憲法之未及發生效力，與『九九憲法』無異。　至民國十五年一月一日，浙江省自治法會議，又議決公布了一種省憲名爲浙江省自治法；㊃但亦旋成泡影。

在民國九年至十五年之間，除卻湘憲浙憲而外，廣東，四川等省亦俱曾正式起

註㊂　此三種憲法草案，見前舉中國年鑑102—129頁。

註㊃　全文見民國十五年一月東方雜誌（第二十三卷第二號）附錄。

草省憲，並曾成立省憲草案。㊵

綜之自民國九年以後，省憲運動一時雖然蓬勃，各省軍閥勢力，究未嘗因是而減殺。

第七節　國會二次恢復迄臨時執政制消滅

自民國十一年八月舊國會二次恢復，迄民國十五年四月臨時執政制度之消滅，國會或政府，雖日以制憲相號召，一般社會卻不復重視中央制憲工作：一則因爲軍閥的橫暴，事實上決非一紙中央憲法所能制裁；一則因爲議員政客節操日墮，事實上愈遭社會厭惡。然十年未成之中華民國憲法，在形式上竟在這個期間公布了。卻在臨時執政制存立之期間內亦已成立了一種制憲會議的條例與一種

註㊵　粵川省憲草案見新舉中國年鑑一二九—一四五頁。

憲法草案。我們現在略述這幾種文書成立的經過。

一 **民國十二年十月十日中華民國憲法** 民國十一年四月，直奉戰爭的結果爲直勝奉敗。直系軍閥吳佩孚等因『安福國會』所選出之大總統徐世昌有接近奉系軍閥張作霖之嫌疑，至是遂有去之之意。於是恢復『法統』之說以生。所謂『法統』恢復，要不外恢復黎元洪之總統職務，與恢復舊國會二事。於是，舊國會一部分議員於民國十一年五月二十四日，在天津設立『第一屆國會繼續開會籌備處，』以恢復舊國會相號召。直系將領當卽通電表示贊成。六月二日徐氏卽因直系將領之壓迫，自行宣告解職；六月十一日，黎氏亦因直系將領之擁戴，回京執行總統職務。在津舊國會議員，亦於六月十二日，移京集會。黎氏復職之後，並下令撤銷民國六年六月十二日解散國會之令。於是參衆兩院於六月十六日，咨達大總統，聲明定於八月一日正式開會。以護法相號召之廣州，適於此時發生孫（中山）陳（炯明）決裂之事實；於是一部分留粵議員事實上亦不克繼續留

粵；北京國會，遂於八月一日，因有過半數議員之報到，得以集會。是爲舊國會之二次恢復。

但是國會雖然恢復，列席分子的資格問題，仍待解決：蓋自民國六年國會解散之後，議員中有南下參預護法，列席於民八廣州國會者；有未南下參預護法而被民八廣州國會除名者；此項除名議員之議席，並經民八廣州國會，以他人補充；以是舊國會集會之後，關於列席資格問題，卽發生民六民八之爭。民六者，民國六年六月十二日國會解散時之議員也。民八者，民國八年在廣州集會之議員也。民八議員，如係民六國會解散時之議員，自無問題。至於其他民八議員之能否列席，則視此次所恢復之國會，究係民六國會，抑係民八國會以爲斷；如爲民六國會，彼等便不能列席；如爲民八國會，彼等自可列席，而民六議員之未經列席於民八國會者，便不能列席。此事在國會中曾惹起激烈的與長期的爭執。但國會終於主張繼續民六國會之工作；因之，民八補充之議員，終於喪失列席資格。

中央制憲之業，既歷十年而未成，國會二次恢復之後，自仍以制憲爲最重要之職務；然集會後，憲法會議仍往往以不足法定人數而流會。於是國會議員乃提議修改元年國會組織法，以減少憲法會議出席人數之限制。查國會組織法第二十一條之規定爲：『民國憲法之議定，由兩院會合行之。前項會合時以參議院議長爲議長；衆議院議長爲副議長；非兩院各有總議員三分二以上之出席，不得開議；非出席議員四分三以上之同意，不得議決。』根據此項條文，凡開憲法會議時，參議員總額二百七十四人，必須有一百八十三人列席；衆議員總額五百九十六人，必須有三百九十八人列席。當時衆議院法定人數不虞不足，參議院則常差數人。於是參衆兩院，於十二年三月，對於國會組織法第二十一條第二項議決次之修正案，送經政府公布：『前項會合時，以參議院議長爲議長，衆議院議長爲副議長；正副議長均有事故時，以兩院副議長臨時代理；非兩院有總議員五分三以上之出席，不得開議，非出席議員三分二以上之同意，不得議決；但關於議憲程序，以兩院議員

總數過半數之出席開議，出席議員過半數之同意議決。」 嗣是，出席人數之限制大減，憲法會議較易成會。 然而國會議員猶以此爲未足，於修改國會組織法以減其出席人數的限制而外，更修改憲法會議規則，增設憲法會議出席費——議員出席憲法會議者，每次得支出席費二十元。 兩院議員，依法原已享有甚優之歲費（五千元）及旅費㊀今復須增設出席費，以引誘議員出席憲法會議，當時輿論，對於議會，益形憤慨。

民國六年國會解散之時，中華民國憲法案尚有一部分未經過二讀會，其最要者則爲地方制度案。 民國十一年國會恢復，既認爲係繼續民六國會之工作，而非繼續民八廣州國會之工作，自須繼續討論地方制度及其他民六懸而未決之問題。於是憲法會議之憲法起草委員會，依憲法會議自十一年八月十日至十一年十一

註㊀ 二年九月二十七日議院法第九十二條。

月二十日迭次審議會之議決，先後草定地方制度及國權各一章，於十一年十二月提出於憲法會議；嗣後草定生計及教育各一章（大都模擬一九一九年德憲之規定，）於十二年四月提出於憲法會議。 然地方制度章及國權章提出以後，議員間對於省憲問題，爭辯甚烈，擾攘竟歷數月。 直至十二年六月十二日，各派始將地方制度章及國權章，協商完妥；然仍未及經過憲法會議的二讀會。 六月十三日，黎元洪被直系軍閥逼迫離京，政變復生，兩院議員紛紛赴滬集會，北京憲法會議遂至流會至數十次。 八月間赴滬議員，一時幾足開會人數；然此類議員中，不久即有一部分被北京方面為曹錕辦總統選舉的人，用重利誘回北京。 九月尾間，北京參衆兩院，居然又可成會。 本來衆院任期，行將屆滿；以是兩院於九月底通過衆院任期延長案，咨請攝閣（黎去後即由內閣攝行總統職務）公布。 然至十月一日，出席憲法會議之人數，仍不足總統選舉會所需要之法定人數——五百八十六人。 於是，為曹錕辦理選舉之軍閥，閣員及議員等，一面公然發給各議員五千元的賄選費

（議員邵瑞彭曾取得一張五千元的支票，攝影製版公布，用爲證物，向法庭控高凌霨等選舉納賄，）一面復於十月四日，公布衆議院任期延長案。十月五日總統選舉會緣是而獲成會；成會後，曹氏當選爲總統。當北方籌辦選舉的人以金錢誘引南下議員返京的時候，在口頭上原以促成憲法爲詞，返京議員，在表面上亦大都以完成制憲事業爲口實。以是，十月四日，憲法會議竟以一次會議，將地方制度全章，完全通過二讀會；十月六日又將國權一章及民六懸案，全數通過二讀會，並推定藍公武，籍忠寅等整理憲法全部文字。十月八日，憲法全案遂通過三讀會。而教育生計兩章，則因兩院議員急於完成憲法，以圖掩蓋彼等賄選之罪惡，致被完全委棄，不及付議。㈡ 十月十日，憲法會議遂將全案公布。㈢ 當時輿論，羣稱此憲爲「賄

註㈡ 該兩章草案全文，載吳宗慈中華民國憲法史後編451—463頁。

註㈢ 該憲全文見本書附錄（五）。

選憲法。』

此憲與民國六年二讀會時代中華民國憲法案相異之要點，卽在國權與地方制度兩章。依照國權章之規定，中央事權與地方事權俱經憲法明白列舉地方事權之範圍，初非中央的普通法律或命令所能增減；以故十二年十月十日之中華民國憲法，實是一種聯邦憲法，與民國六年二讀會時代之中華民國憲法案顯然不同；雖則民國六年二讀會時代所通過的『中華民國永遠爲統一民主國』之條文，仍被十二年十月十日之中華民國憲法保存。依照地方制度章之規定，省得自行制定省自治法，但是省之地方區劃則已經該章劃定（全國地方分爲省縣二級）省機關及縣機關之組織以及省縣關係，亦經該章規定了一個大綱；關於省自治法制定的機關，該章亦有所規定。蓋當時省憲派與反省憲派爭執甚烈，此種規定，蓋屬一種調和。

十二年十月十日中華民國憲法，爲十三年十一月二十四日段祺瑞的臨時執

政府組織令所推翻。　然卽在該憲存續之期間內，該憲條文亦大都未及實施，徒成具文；蓋當時直系軍閥雖假借此憲以相號召，初無實行此憲之誠意；且該憲本文既無施行細則之規定——該憲公布後，國會亦迄未另頒憲法施行細則——該憲中一部分條文，實際上亦或無從實施。

二　民國十四年國民代表會議條例與中華民國憲法案　民國十三年直奉二次戰爭之結果，直系勢力爲奉系及馮玉祥所推翻；總統曹錕亦被馮氏拘禁。　是年十一月二十四日段祺瑞因受奉系軍閥之擁護，遂入京主持中樞，自頒一臨時執政府組織令，而以革命政府自居；既不承認臨時約法，亦不承認十二年十月十日之中華民國憲法。　臨時執政制度，係一種狄克推多制度；一切大權，俱集中於元首一人，卽所謂『臨時執政』者是。　舊國會遂亦因此番政變而消滅。　於是，段氏復於十三年十二月二十四日頒布一種善後會議條例；其目的在召集各地方軍民長官之代表以及政府所認爲具有『特殊資望學術經驗』之人，開一種善後會議，以『解

決時局糾紛，籌議建設方案。』嗣復由政府草定一個國民代表會議條例草案，咨送善後會議討論。該草案於十四年四月十八日經善後會議修正議決；於同月二十四日經段政府公布。依照這個國民代表會議條例，政府應召集一個國民代表會議，其職務純以『制定憲法及其施行細則』爲限。換句話說，國民代表會議將爲一種特殊制憲會議。至於國民代表會議之選舉方法，在大體上仍與民國元年之衆議院議員選舉法無大差別：各省區代表之產生，係用間接選舉；蒙藏青海及華僑代表之選舉，則適用直接選舉法。當段政府以國民代表會議組織問題提付善後會議討議之時，孫中山及國民黨頗不贊同，因爲善後會議，實際上只是一個軍閥代表機關，而依孫氏意見，國民代表會議組織法，應由農工商學各法團自行召集之國民會議籌備會議定。以是國民代表會議條例雖然成立，有些省分卻不執行選舉；國民代表會議遂亦始終未及成立。

但段政府於其勢力完全瓦解以前，亦成立了一種憲法草案，名爲中華民國憲

法案。　蓋依國民代表會議條例之規定，憲法案之議決權雖屬諸國民代表會議，憲法之起草權卻須畀諸一種國憲起草委員會；此委員會並須純由各省區軍民長官及『臨時執政』所指派之委員組成。　此委員會於十四年八月三日成立；以林長民爲委員長，從事於憲法起草之討論者四閱月；至十四年十二月，執政政府勢力行將瓦解之時，該會始匆遽的議決了上述之中華民國憲法案。㈣　但是這個草案始終只是一個草案；因爲國民代表會議始終未及集會。　就其內容的大要而言，這個草案與十二年十月十日之中華民國憲法頗相似；卽其所增加之生計教育兩章，大體上亦與民國十二年舊國會未及議決之生計教育兩章相似。　詳細的說，該草案與十二年十月十日中華民國憲法亦有相異之點；如草案中對於國土問題之採取列舉主義，對於衆議院選舉之採用直接選舉制；對於衆議院議員之適用直接罷免

註㈣　關於本案起草之經過，見十四年國憲起草委員會所刊之國憲起草委員會公報（共五冊）。

制；對於總統選舉之採用人民間接選舉制；對於憲法修正問題之採用特殊制憲會議制；以及參議院職權之縮減，須給榮典制度之恢復；皆是。

臨時執政制，於十四年十二月，尙經過了一番修改。修改的要點，係於執政之下，添置國務院及國務總理，並規定執政的命令須經總理及各部總長副署。這是因爲段氏受各方武人的壓迫，不得不採用一種類似內閣的組織，以爲緩衝之地步。但行之未久，段氏勢力已至無可維持境地。十五年四月二十日段氏因不見容於吳佩孚張作霖諸軍閥，被迫出京，臨時執政制遂完全消滅。

第八節　國民革命迄中國統一

自十五年四月段祺瑞被迫去職，北京一時陷於紊亂狀態。未幾，因吳佩孚的主張，曹錕出而正式宣布解職，由顏惠慶出而攝閣，在形式上北京政府演成一種『護憲』（卽擁護十二年十月十日的憲法）之局。嗣後陸續由杜錫珪繼顏攝

閣；由顧維鈞繼杜攝閣。 直至十六年六月十八日奉系軍閥張作霖乃正式推翻『攝閣』制，施行所謂『軍政府大元帥』制，設立軍政府，自爲大元帥，並置國務總理及國務員。 此種狄克推多制度，至十七年六月間，因國民革命軍佔領北京，張作霖逃死奉天，亦遂消滅。

民國十五年夏迄十七年夏間，爲國民黨所領導之國民革命最嚴重時期。 在此時期內，政治的中心已逐漸移到國民革命軍統治之區域以內；到了十七年十月，國民黨在其新定首都改組國民政府的時候，全國統一在大體上已算完成。 我們倘欲觀察中國制憲問題未來的情勢，不可不明瞭國民黨對於憲法問題的態度，以及國民政府在最近兩三年間所曾採用的政制。

一 憲法問題與國民黨的主張 關於憲法問題，國民黨的主張，概以其領袖孫中山之政治理想爲根據。孫中山對於憲法問題的主張，可以分作三部說明如次：

第一，中國未來憲法之內容。 孫中山對於中國未來之憲法（卽其所謂憲政

時期之憲法，）揭有兩大主義：一爲民權主義。這就是對於近代代議制度表示不滿，而冀以『直接民權』制度匡救其失。在他民權主義的講演錄中，孫氏主張，一切人民，除享有間接民權（選舉權）外，尚應享有創制權，複決權，及罷免權，以爲制裁政府之手段。然使全國人民對於中央政府行使此種直接民權，在版圖遼闊之中國，實際上自有重大困難；所以在孫氏之理想中，創制，複決，及罷免三種制度，在訓政時期祇能由各縣人民行之於各縣，卽在憲政時期，人民亦僅能對於本縣之政治，行使此種職權；其於全國，則僅能行使選舉權，而應以創制，複決，罷免三權，付託於由國民代表組成之『國民大會』行使之。關於此層，孫中山於其所著之革命之方略，言之甚晰。㈠　二爲五權分立主義。立法，行政，與司法三權之分立，爲十八

註㈠　孫中山中國革命史中革命之方略篇中有云：『第三爲建設完成時期。在此時期，施以憲政。此外一縣之自治團體當實行直接民權人民對於本縣之政治當有普通選舉之權，創制之權，複決之權，罷免之權。而對於一國之政治除選舉權之外其餘之同等權則付託於國民大會之代表以行之。』

世紀以來歐美政治學者的傳統思想。孫中山認爲此種三權分立主義，尙不足以防止政府之專制，增進政府之效率。因是孫氏對於政府機關之組成及其職權之劃分，主張五權分立制度。所謂五權，就是立法權，行政權，司法權，考試權，監察權。孫氏之提倡此種主張，係因考試與監察兩權，在吾國法制史上，夙已略具獨立之形式，而在理論上講，歐美諸國以考試權併於行政，以監察權併於立法或司法，亦無十分健全之理由。至於將來行使五權之五院應各如何組成，五院職權之限界應各如何規定，孫中山亦初未發表具體的主張；其所表示者，不過以下犖犖數端：其一，行政院之總統，與立法院之議員，均應由『各縣人民投票選舉』㊁ 其二，司法，考試，監察三院之院長，應各『由總統得立法院之同意而委任之；但不對總統及立法院負責。』㊂ 其三，『五院皆對國民大會負責；各院人員失職，由監察院向國民大

註㊁　見孫中山中國革命史中『革命之方略。』

註㊂　見孫中山中國革命史中『革命之方略。』

會彈劾之而監察院人員失職則國民大會自行彈劾而罷黜之。』㊃ 其四關於考試權之範圍，孫中山的著作及講演中雖未詳細討論，有一事，則經孫氏反覆主張，值得我們的特別注意，卽考試制度之適用，將不僅以任官爲限，卽被選爲議員的資格之取得，亦必經過考試。 國民黨政綱所謂『釐訂各種考試制度，以救選擧制度之窮，』便卽此意。㊄ 其五，關於監察權之範圍，孫中山亦從未詳論；惟監察院之彈劾，不僅可以涉及行政，司法，考試諸院之人員，並且可以涉及立法院之民選議員，則如上方所述，孫氏已明白主張；不過受監察院彈劾之人，不能由監察院自行罷黜，而須移付國民大會決定罷黜耳。

由上所述，足見孫中山理想中之憲法，於民選的行政元首及民選的立法院而外，尙有一民選的國民大會。 就其組成而言，這個國民大會將由全國各縣各選出

註㊃ 見孫中山中國革命史中『革命之方略』

註㊄ 參看孫中山五權憲法講演，及國民政府建國大綱第十五款。

代表一人組成。此層，孫中山於其五權憲法及其他講演中已一再言及。就其職權而言，這個國民大會將『專司憲法之修改，及制裁公僕之失職』『憲法之修改』云云，卽對於憲法行使複決及創制之權；『制裁公僕之失職』云云，卽裁決監察院之彈劾案，或更自動的行使罷官權。凡此，俱顯然見於民國十二年孫氏所撰中國革命史中『革命之方略』篇。惟依民國十三年孫氏所撰之國民政府建國大綱第二十四款，則『國民大會，對於中央政府官員，有選舉權，有罷免權；對於中央法律，有創制權，有複決權。』似此，國民大會之職權固不限於複決創制，與罷免而涉及『中央官員』之選舉；卽其複決權與創制權，亦將不僅涉及『憲法之修改』而可涉及『中央法律』。然則行政院之總統，其他各院之院長，以及立法院之議員，亦將由國民大會產生乎？立法院所制定之普通法律，亦將由國民大會行使所謂『立法的複決』與『立法的創制』乎？果爾，則與『革命之方略』所示，顯有出入；因依『革命之方略』，總統及立法院將由各縣人民選舉；司法，監察，考試各院之院長，將由總統得

立法院之同意而委任之國民大會，當以修改憲法及制裁公僕失職兩事爲其專責。

第二，憲法頒行前之準備。 上面所述，是孫中山理想中之憲法；就中國情形而言，這自然不能卽時實施。 因此，孫中山認爲實行此種憲法以前，尙須經過兩個時期： 一爲軍政時期。 在此期內，革命政府之工作在『一面用兵力掃除國內之障礙；一面宣傳主義以開化全國之人心，而促進國家之統一。』 凡一省完全底定之日，卽爲該省軍政時期終止之時。 二爲訓政時期。 任何一省，軍政時期終了，卽應開始訓政。 訓政之根本方法，則爲分縣自治。 所謂分縣自治，在以縣爲試行民生主義及民權主義之基本區域。 所謂試行民生主義，卽定地價，徵地稅，修道路，墾荒地，設學校之類。 所謂試行民權主義，卽全縣人民對於本縣之政務，逐漸行使選舉，創制，複決，罷免諸權。㊅ 任何一縣，如其政府於上述關於民生諸事辦理完竣，其人民於上述四種民權曾受適當之訓練，卽成爲完全自治之縣。 任何一省，如其所轄

註㊅ 以上參詳見孫中山所撰地方自治開始實行法及國民政府建國大綱。

各縣均成爲完全自治之縣，該省之訓政工作卽爲完成；中央卽應容許該省之國民代表，選舉省長，而認該省爲已達『憲政開始時期。』 全國之中，如有過半數省分，已達『憲政開始時期，』全國之訓政工作乃認爲完成；上述理想的憲法，應卽於此時頒行。㊆ 至於各縣自治之完成，與全國訓政工作之完成究竟各需多少年期，孫中山於其晚年手撰之國民政府建國大綱，初未擬議。 惟其早年所訂之同盟會宣言，有三年完成縣自治，與全國平定後六年實施其理想憲法之假定。

於此尙有連帶而起之幾個問題： 在訓政期內中央政府是否應有一種臨時性質的成文憲法？ 這個臨時憲法的內容應該如何？ 在這個時期，中央政府旣不受人民或人民代表之節制，是否應有其他機關可以行使這種節制？ 對於第一個問題，孫中山於其『革命之方略』篇固顯然承認訓政時期亦應頒布『約法』以『規定人民之權利義務與革命政府之統治權。』 這自然就是一種臨時的成文憲法。

註㊆ 看國民政府建國大綱。

但國民政府建國大綱卻未提及此層。 對於第二個問題，孫中山未嘗爲任何具體的討論；不過五權分立之制，孫中山於建國大綱中已明白主張在『憲政開始時期』必須試行。 所謂『憲政開始時期，』實卽任何一省於分縣自治之工作已告完成之時期；就全國言，固尙在訓政時期。 關於第三個問題，自民國十三年一月國民黨改組而後，革命政府之應受國民黨指揮指導，已成爲國民黨黨員之共同信條。 民國十三年中國國民黨第一次全國代表大會宣言中，卽揭有國民黨『旣取得政權樹立政府之時，……更應以黨爲掌握政權之中樞』等語。 這便是一般之所謂『黨治。』 上項宣言，雖非孫中山之手筆，要亦曾經其審定。

第三，未來憲法制定之程序。 依建國大綱之所定，未來之憲法草案，應以立法院爲起草機關；由立法院於訓政告終之時，提付國民大會決定頒行。

以上爲孫中山的憲法思想，也就是國民黨現今的政治主張。 以下便略述民國十四年以來國民政府之組織法規及其制定之經過。

二　國民政府組織法的變遷　自民國十四年七月一日廣州政府改組，創立國民政府以後，國民政府在革命政府組織中，誠然是最高權力機關；因之，國民政府組織法在形式上不得不視為一種根本法或根本法之一部分。　但自十三年國民黨改組以後國民黨已勵行『黨治』主義；國民政府不獨在實際上由黨產生隨時受黨部之指揮監督，卽在形式上，黨部之決議與命令，亦常常見諸國民政府之公文法令。　所以我們於研究國民政府的組織或地位的時候，絕對不可忘却這個『黨治』的事實。　這是我們應該首先申說的。　至於國民政府之組織，自其成立以迄統一完成，曾經數度變易。　在這個時期內，國民政府之組織法規，前後頒行者，有左列四種：

第一，民國十四年七月一日中華民國國民政府組織法(八)　廣州政府自民國六年孫中山護法以來，幾與北京政府永立於敵對地位。　民國十四年，因孫中山之

註(八)　全文見國民政府現行法規（十七年三月國民政府法制局印行。）

病故，與廣東內部之反革命勢力漸被毀滅，國民黨中央執行委員會遂決定廢棄孫中山在日所行之大元帥府制，改設國民政府，並於七月一日議決中華民國國民政府組織法，推汪兆銘胡漢民等十六人為委員，以汪為主席。這個組織法極其簡單，全文不過十條。其內容要點有三：一為採用合議制。據該法第二第三第五等條之規定，國民政府將以委員『若干人』組成委員之中，以一人為主席，以五人為常務委員但政務之處理，以委員會議行之，出席委員會議之委員如果不足半數，卽得由常務委員決行。故國民政府確為一種合議機關。合議制之採用，係因孫中山亡故之後，國民黨黨內尚分派別，一時尚無一可以繼承孫中山而領袖全黨之人物。二為採用一權主義。這個組織法，對於國民政府之權限，毫無明確之規定，亦無一語涉及司法，立法等權之分立，以是，國民政府在形式上儼成一個立法，行政司法等權之綜合體。三為明著『黨治』之原則。該組織法第一條明定『國民政府受中國國民黨之指導及監督，掌理全國政務。』基於此項規定，國民政府在實際

上往往只是黨部決議的執行機關，或黨部與政府各機關間之承轉機關。

第二，民國十六年三月十日修正中華民國國民政府組織法（九）　國民政府於十五年六月任命蔣中正為國民革命軍總司令，進行北伐。　至十五年十月國民革命軍已陸續佔領長沙及武漢；十一月二十八日，國民政府遂決定由廣州遷往武漢。旋因國民黨黨部內部意見之分歧，國民黨一部分領袖於南昌既下之後，復主張暫將首都設於南昌；各方爭執頗歷時日。　十五年三月十日，國民黨中央執行委員會在漢口開第三次全體會議，遂定首都設於武漢，並通過修正中華民國國民政府組織法，選出汪兆銘等二十八人為國民政府委員。　此項修正草案，與十四年七月一日之組織法，條文之簡略，及其所規定之事項，初無差異；惟廢去主席，僅設常務委員五人，並明定國民政府委員會議只須『國民政府所在地委員過半數之出席』。此項規定，均反映當時政情：　主席制之廢除，係因當時領袖間不能互相信任；出席

註（九）　全文見國民政府現行法規（十七年三月國民政府法制局印行）。

會議法定人數之縮減，一半係因當時國民黨勢力已露分裂之趨勢。

修正中華民國國民政府組織法成立未久，國民黨因容共（共產黨）反共之爭，裂而爲二；自十六年四月十六日至十六年九月二十日，武漢與南京各設有國民政府及國民黨黨部，彼此成一對峙形勢。在這個寧漢分立時期，南京政府並未另頒國民政府組織法；但在實際上，國民政府下所設之機關，與十四年七月一日及十六年三月十日之法規，俱不一致；卽如當時南京政府設立之教育行政委員會，中央法制委員會，法制局等機關，便俱爲十四年及十六年組織法規之所無，或且與各該組織法不無衝突。自十六年九月二十日，國民黨各方領袖重行妥協，成立代行黨部職權之『中央特別委員會』，並由該委員會推定國民政府委員四十餘人，組成國民政府；於是寧漢分立之局告終。在『中央特別委員會』時期（十六年九月二十日至同年十二月二十八日），國民政府之組織係以十六年三月十日之組織法爲根據，亦並未另頒國民政府組織法；但實際上當時所頒之許多單行法，如大學

院組織法之類，初與十六年三月十日之組織法不相一致。

第三民國十七年二月四日國民政府組織法　代行國民黨黨部職權之『中央特別委員會』，因黨中領袖於該會成立之後，多表不滿，遂於十六年十二月二十八日自行宣告結束；同時各方領袖亦正努力於國民黨中央執行委員會之續開全體會議。　此項全體會議，延至十七年二月三日始獲開幕；集會結果，除改組黨部外，並於二月四日重新議定國民政府組織法，計十一條，交由國民政府公布，同時推定國民政府委員四十餘人，以譚延闓爲主席。　此次組織法與十六年三月十日之組織法初無重大差異。　但常務委員（五人至七人）之外，仍設有主席一人；且國民政府直轄機關，經前此國民政府組織法規定者，只有行政各部，今則增置最高法院，監察院，考試院，審計院，法制局等機關。　但在實際上，考試，監察兩院在此項組織法存續之期間內（十七年二月四日至十七年十月三日），並未成立。

第四民國十七年十月三日中華民國國民政府組織法㊉　自十七年二月國

民黨中央執行委員會四次全體會議終幕後，國民政府卽賡續責成國民革命軍總司令蔣中正，努力完成北伐。至是年六月初間，奉軍退回奉天，國民革命軍遂佔有北平。七月一日，奉軍首領張學良亦向國民政府表示，願意停戰，徐商和平統一辦法；北伐軍事，從此告終。於是國民黨領袖復主召集中央執行委員會第五次全體會議，以期解決統一後之軍事，財政，及政府組織等問題。此項會議，於十七年八月八日正式開幕。開會時，南京特別市黨部，法制局局長王世杰，及國民黨中央執行委員朱霽青等，均有請頒『約法』的建議案。法制局的提案並主張於約法中，確定(一)人民之權利義務；(二)中央政府之組織；(三)中央與地方之關係；(四)黨與政府之關係。於是上述五次會議的決議案中，乃有『訓政時期，應遵總理遺教，頒布約法』之一項。但該項決議案並未明定約法如何起草，亦未言及約法之內容。五次會議閉幕後，胡漢民等適自海外回國，力主開始試行五權制度；旋由胡漢民，戴

註(十) 該組織法全文見本書附錄六。

傳賢，王寵惠等擬就試行五權制度之中華民國國民政府組織法草案，提出於國民黨中央執行委員會政治會議。此項草案，曾經政治會議組織審查會修正；該修正案，於十月三日經政治會議議決通過，並於同日交由國民黨黨部以黨部名義公佈。

這個國民政府組織法，計共四十八條；其所規定限於(一)國民政府之組織與職權，及(二)行政，立法，司法，考試，監察各院之組織與職權。

關於國民政府之組織，這個組織法設置主席委員一人及委員十二人至十六人；並明定國民政府處理國務，應由國民政府委員組織『國務會議』行之。由此看去，國民政府固亦顯然爲一種合議制度。但就軍事而言，國民政府主席，依該法第九條之規定，既爲『中華民國陸海空軍總司令，』則該法第二條所定『國民政府統率海陸空軍』之職權，自應由主席單獨行使；果爾，國民政府之組織便不得目爲單純之合議制。關於國民政府之職權，該組織法之所定，究爲五權主義抑爲一權主義，亦頗成疑問：在真正的五權分立制度之下，五院之外，自不容有任何機關，

對於五院的決定，均賦有變更或否決之權力，否則便爲一權主義而非五權主義。該組織法第十三條似乎隱示『國務會議』可以支配五院之一切決定，論者因謂當時造法者仍未能拋棄民國十四年七月一日以來國民政府之組織原則——卽一權主義。

關於五院之組織及職權，該組織法之所定，値得特殊注意者約有數點：一爲立法院之職權，不僅涉及立法，並且涉及行政之監督；因條約案，宣戰案，媾和案，預算案，大赦案均須經立法院議決。二爲立法院委員應由院長提請國民政府任命。三爲司法院之職權不僅涉及司法審判，並且兼理司法行政，官吏懲戒，及行政審判等事宜。四爲考試院之職權，兼及銓敍，不僅以考試爲限。五爲監察院之職權兼及審計，不僅以彈劾爲限。

該組織法對於國民政府委員，主席，及五院院長之產生方法，以及本法之修正程序，均無明文規定，蓋造法者以爲在『黨治』主義之下，此類事件當然由黨部隨

時決定，無庸於本法設定任何條文。

這個組織法頒行以後，國民政府尙須有行政院組織法，立法院組織法，司法院組織法，考試院組織法，監察院組織法，詳定各該院之組織。㊍

五權制度在政治思想上，爲孫中山特創之主張；十七年十月三日之中華民國國民政府組織法，又卽試行此種主張之第一種具體法案。所以我們不能不在上面稍詳其緣起及內容。至該法內容，在理論上是否精審，在現時政情之下，能否得着相當之試驗，則擬俟諸他日或他書討議，這裏姑不具論。

註㊍　各該組織法均見民國十七年十月二十六日國民政府公報。

附錄

自辛亥革命迄民國十七年底，吾國各種憲法文件及與憲法有關之文件，於本書第五編第二章中已一一有所說明。爲謀讀者參考上之便利起見，茲擇其最重要者六種附錄於左：

一 中華民國臨時政府組織大綱 辛亥十月十三日公布

第一章 臨時大總統

第一條 臨時大總統由各省都督府代表選舉之，以得票滿投票總數三分之二以上者爲當選。代表投票權，每省以一票爲限。

第二條 臨時大總統有統治全國之權。

第三條 臨時大總統有統率海陸軍之權。

第四條　臨時大總統得參議院之同意，有宣戰，媾和及締結條約之權。

第五條　臨時大總統得參議院之同意，有任用各部部長及派遣外交專使之權。

第六條　臨時大總統得參議院之同意，有設立臨時中央審判所之權。

第二章　參議院

第七條　參議院以各省都督府所派之參議員組織之。

第八條　參議員每省以三人爲限，其派遣方法，由各省都督府自定之。

第九條　參議院會議時，每參議員有一表決權。

第十條　參議院之職權如左：

一　議決第四條及第六條事件；

二　承諾第五條事件

三　議決臨時政府之預算；

四　稽查臨時政府之出納；

五　議決全國統一之稅法，幣制，及發行公債事件，

六　議決暫行法律；

七　議決臨時大總統交議事件；

八　答覆臨時大總統諮詢事件。

第十一條　參議院會議時，以到會參議員過半數之議決爲準。但關於第四條事件，非有到會參議員三分之二之同意，不得決議。

第十二條　參議院議決事件，由議長具報，經臨時大總統蓋印，發交行政各部執行之。

第十三條　臨時大總統對於參議院議決事件，如不以爲然，得於具報後十日內，聲明理由，交令覆議。參議院對於覆議事件，如有到會參議員三分之二以上之同意，仍執前議時，應仍照前條辦理。

第十四條　參議院議長，由參議員用記名投票法互選之，以得票滿投票總數之半者爲當選。

第十五條　參議院辦事規則，由參議院議訂之。

第十六條　參議院未成立以前，暫由各省都督府代表會代行其職權。但表決權每省以一票爲限。

第三章　行政各部

第十七條　行政各部如左：

一 外交部；

二 內務部；

三 財務部；

四 軍務部，

五 交通部。

第十八條 各部設部長一人，總理本部事務。

第十九條 各部所屬職員之編制及其權限，由部長規定，經臨時大總統批准施行。

第四章 附則

第二十條 臨時政府成立後，六個月以內，由臨時大總統召集國民議會。其召集方法，由參議院議決之。

第二十一條 臨時政府組織大綱施行期限，以中華民國憲法成立之日爲止。

二 中華民國臨時約法 民國元年三月十一日公布

第一章 總綱

第一條 中華民國由中華人民組織之。

第二條 中華民國之主權，屬於國民全體。

第三條 中華民國領土爲二十二行省，內外蒙古，西藏，青海。

第四條 中華民國以參議院，臨時大總統，國務員，法院，行使其統治權。

第二章 人民

第五條 中華民國人民，一律平等，無種族，階級，宗教之區別。

第六條 人民得享有左列各項之自由權：

一 人民之身體，非依法律，不得逮捕，拘禁，審問，處罰；

二 人民之家宅，非依法律，不得侵入或搜索；

三 人民有保有財產及營業之自由；

四 人民有言論著作，刊行，及集會結社之自由；

五　人民有書信秘密之自由；

六　人民有居住遷徙之自由；

七　人民有信教之自由。

第七條　人民有請願於議會之權。

第八條　人民有陳訴於行政官署之權。

第九條　人民有訴訟於法庭，受其審判之權。

第十條　人民對於官吏違法損害權利之行爲，有陳訴於平政院之權。

第十一條　人民有應任官考試之權。

第十二條　人民有選舉及被選舉權。

第十三條　人民依法律有納稅之義務。

第十四條　人民依法律有服兵之義務。

第十五條　本章所載人民之權利，有認爲增進公益，維持治安，或非常緊急必要時，得以法律限制之。

第三章　參議院

第十六條　中華民國之立法權，以參議院行之。

第十七條　參議院以第十八條所定各地方所選派之參議員組織之。

第十八條　參議員每行省，內蒙古，外蒙古，西藏，各選派五人，青海選派一人；其選派方法，由各地方自定之。

參議院會議時，每參議員有一表決權。

第十九條　參議院之職權如左：

一　議決一切法律案；

二　議決臨時政府之預算，決算；

三　議決全國之稅法，幣制，及度量衡之準則；

四　議決公債之募集，及國庫有負擔之契約；

五　承諾第三十四條，三十五條，四十條事件；

六　答覆臨時政府諮詢事件；

七　受理人民之請願；

八　得以關於法律及其他事件之意見建議於政府；

九　得提出質問書於國務院，並要求其出席答覆；

十　得咨請政府查辦官吏納賄違法事件；

十一　參議院對於臨時大總統認為有謀叛行為時得以總員五分之四以上之出席出席四分之三以上之可決，彈劾之；

十二　參議員對於國務員認爲失職或違法時，得以總員四分之三以上之出席，出席員三分之二以上之可決，彈劾之。

第二十條　參議院得自行集會，開會，閉會。

第二十一條　參議院之會議，須公開之；但有國務員之要求，或出席參議員過半數之可決者，得秘密之。

第二十二條　參議院議決事件，咨由臨時大總統公布施行。

第二十三條　臨時大總統對於參議院議決事件，有否定時，得於咨達後十日內，聲明理由，咨院覆議。但參議院對於覆議事件，如有到會參議員三分之二以上仍執前議時，仍照第二十二條辦理。

第二十四條　參議院議長，用記名投票法互選之，以得票滿投票總數之半者爲當選。

第二十五條　參議院議員於院內之言論及表決，對於院外不負責任。

第二十六條　參議院議員，除現行犯及關於內亂外患之犯罪外，會期中非得本院許可，不得逮捕。

第二十七條　參議院法，由參議院自定之。

第二十八條　參議院以國會成立之日解散，其職權由國會行之。

第四章　臨時大總統副總統

第二十九條　臨時大總統，副總統，由參議院選舉之以總員四分之三以上之出席，得票滿投票總數三分之二以上者，爲當選。

第三十條　臨時大總統代表臨時政府，總攬政務，公布法律。

第三十一條　臨時大總統，爲執行法律，或基於法律之委任，得發布命令；並得使發布之。

第三十二條　臨時大總統統率全國海陸軍隊。

第三十三條　臨時大總統得制定官制，官規；但須提交參議院議決。

第三十四條　臨時大總統任免文武職員；但任命國務員及外交大使，須得參議院之同意。

第三十五條　臨時大總統經參議院之同意，得宣戰媾和，及締結條約。

第三十六條　臨時大總統得依法律宣告戒嚴。

第三十七條　臨時大總統代表全國，接受外國之大使，公使。

第三十八條　臨時大總統得提出法律案於參議院。

第三十九條　臨時大總統得頒給勳章並其他榮典。

第四十條　臨時大總統得宣告大赦，特赦，減刑，復權；但大赦須經參議院之同意。

第四十一條　臨時大總統受參議院彈劾後，由最高法院全院審判官互選九人，組織特別法庭審判之。

第四十二條　臨時副總統於臨時大總統因故去職，或不能視事時，得代行其職權。

第五章　國務員

第四十三條　國務總理及各總長，均稱為國務員。

第四十四條　國務員輔佐臨時大總統負其責任。

第四十五條　國務員於臨時大總統提出法律案，公布法律，及發布命令時，須副署之。

第四十六條　國務員及其委員得於參議院出席及發言。

第四十七條　國務員受參議院彈劾後，大總統應免其職；但得交參議院覆議一次。

第六章　法院

第四十八條　法院以臨時大總統及司法總長分別任命之法官組織之。

法院之編制及法官之資格，以法律定之。

第四十九條　法院，依法律審判民事訴訟及刑事訴訟，但關於行政訴訟及其他特別訴訟，別以法律定之。

第五十條　法院之審判，須公開之；但有認爲妨害安寧秩序者，得秘密之。

第五十一條　法官獨立審判，不受上級官廳之干涉。

第五十二條　法官在任中不得減俸或轉職，非依法律受刑罰宣告，或應免職之懲戒處分，不得解職。懲戒條規，以法律定之。

第七章　附則

第五十三條　本約法施行後，限十個月內由臨時大總統召集國會。其國會之組織及選舉法，由參議院定之。

第五十四條　中華民國之憲法，由國會制定；憲法未施行以前，本約法之效力與憲法等。

第五十五條　本約法由參議院議員三分之二以上或臨時大總統之提議，經參議員五分之四以上之出席，出席員四分之三之可決，得增修之。

第五十六條　本約法自公布之日施行；臨時政府組織大綱，於本約法施行之日廢止。

三　中華民國約法　民國五年五月一日公布

第一章　國家

第一條　中華民國，由中華人民組織之。

第二條　中華民國之主權，本於國民之全體。

第三條　中華民國之領土，依從前帝國所有之疆域。

第二章　人民

第四條　中華民國人民，無種族，階級，宗教之區別，法律上均為平等。

第五條　人民享有左列各款之自由權：

一　人民之身體，非依法律，不得逮捕，拘禁，審問，處罰；

二　人民之家宅，非依法律，不得侵入或搜索；

三　人民於法律範圍內，有保有財產及營業之自由；

四　人民於法律範圍內，有言論，著作，刊行，及集會結社之自由；

五　人民於法律範圍內，有書信秘密之自由；

六　人民於法律範圍內，有居住遷徙之自由；

七　人民於法律範圍內，有信教之自由。

第六條　人民依法律所定，有請願於立法院之權。

第七條　人民依法律所定，有訴訟於法院之權。

第八條　人民依法律所定，有請願於行政官署，及陳訴於平政院之權。

第九條　人民依法令所定，有應任官考試，及從事公務之權。

第十條　人民依法律所定，有選舉及被選舉之權。

第十一條　人民依法律所定，有納稅之義務。

第十二條　人民依法律所定，有服兵役之義務。

第十三條　本章之規定，與陸海軍法令及紀律不相牴觸者，軍人適用之。

第三章　大總統

第十四條　大總統爲國之元首，總攬統治權。

第十五條　大總統代表中華民國。

第十六條　大總統對於國民之全體負責任。

第十七條　大總統召集立法院，宣告開會，停會，閉會。

大總統經參政院之同意，解散立法院；但須自解散之日起，六個月以內，選舉新議員，並召集之。

第十八條　大總統提出法律案及預算案於立法院。

第十九條　大總統爲增進公益，或執行法律，或基於法律之委任，發布命令，並得使發布之；但不得以命令變更法律。

第二十條　大總統爲維持公安，或防禦非常災害，事機緊急，不能召集立法院時，經參議院之同意，得發布與法律有同等效力之教令；但須於次期立法院開會之始，請求追認。

前項教令，立法院否定時，嗣後即失其效力。

第二十一條　大總統制定官制官規。

大總統任免文武職官。

第二十二條　大總統宣告開戰，媾和。

第二十三條　大總統爲海陸軍大元帥，統率全國海陸軍。大總統定海陸軍之編制及兵額。

第二十四條　大總統接受外國大使，公使。

第二十五條　大總統締結條約。但變更領土，或增加人民負擔之條款，須經立法院之同意。

第二十六條　大總統依法律宣告戒嚴。

第二十七條　大總統頒給爵位，勳章並其他榮典。

第二十八條　大總統宣告大赦，特赦，減刑，復權；但大赦須經立法院之同意。

第二十九條　大總統因故去職或不能視事時，副總統代行其職權。

第四章　立法

第三十條　立法以人民選舉之議員，組織立法院行之。立法院之組織及議員選舉方法，由約法會議議決之。

第三十一條　立法院之職權如左：

一　議決法律；

二　議決預算；

三　議決或承諾關於公債募集及國庫負擔之條件；

四　答覆大總統諮詢事件；

五　收受人民請願事件；

六　提出法律案；

七　提出關於法律及其他事件之意見建議於大總統；

八　提出關於政治上疑義，要求大總統答覆但大總統認爲須祕密者得不答覆之；

九　對於大總統有謀叛行爲時，以總議員五分之四以上之出席，出席議員四分之三以上之可決，提起彈劾之訴訟於大理院。

前項第一款至第八款，及第二十條第二十五條，第二十八條，第五十五條，第五十七條事件，其表決以出席議員過半數之同意行之。

第三十二條　立法院每年召集之會期，以四個月爲限；但大總統認爲必要時，得延長其會期，並得於閉會期內召集臨時會。

第三十三條　立法院之會議，須公開之；但經大總統之要求或出席議員過半數之可決時，得祕密之。

第三十四條　立法院議決之法律案，由大總統公布施行。

立法院議決之法律案，大總統否認時，得聲明理由交院覆議；如立法院出席議員三分二以上仍執前議，而大總統認為於內治外交有重大危害，或執行有重大障礙時，經參政院之同意，得不公布之。

第三十五條　立法院議長，副議長，由議員互選之，以得票過投票總數之半者為當選。

第三十六條　立法院議員於院內之言論及表決，對於院外不負責任。

第三十七條　立法院議員，除現行犯及關於內亂外患之犯罪外，會期中非經立法院許可，不得逮捕。

第三十八條　立法院法，由立法院自定之。

第五章　行政

第三十九條　行政以大總統為首長，置國務卿一人贊襄之。

第四十條　行政事務置外交，內務，財政，陸軍，海軍，司法，教育，農商，交通各部分掌之。

第四十一條　各部總長依法律命令，執行主管行政事務。

第四十二條　國務卿，各部總長及特派員，代表大總統出席立法院發言。

第四十三條　國務卿，各部總長，有違法行為時，受肅政廳之糾彈及平政院之審理。

第六章　司法

第四十四條　司法以大總統任命之法官組織法院行之。

法院編制及法官之資格以法律定之。

第四十五條　法院依法律獨立審判民事訴訟，刑事訴訟，但關於行政訴訟及其他特別訴訟，各依其本法之規定行之。

第四十六條　大理院對於第三十一條第九款之彈劾事件，其審判秩序，別以法律定之。

第四十七條　法院之審判，須公開之；但認爲有妨害安寧秩序，或善良風俗者，得秘密之。

第四十八條　法官在任中不得減俸或轉職；非依法律受刑罰之宣告或應免職之懲戒處分，不得解職。

懲戒條規，以法律定之。

第七章　參政院

第四十九條　參政院應大總統之諮詢，審議重要政務。

參政院組織，由約法會議議決之。

第八章　會計

第五十條　新課租稅及變更稅率，以法律定之。

現行租稅，未經法律變更者，仍舊徵收。

第五十一條　國家歲出歲入，每年度依立法院所議決之預算行之。

第五十二條　因特別事件，得於預算內預定年限設繼續費。

第五十三條　為備預算不足或於預算以外之支出，須於預算內設預備費。

第五十四條　左列各項支出，非經大總統之同意，不得廢除或裁減之：

一　法律上屬於國家之務者；

二　法律上之規定所必需者；

三　履行條約所必需者；

四　陸海軍編制所必需者。

第五十五條　為國際戰爭或勘定內亂及其他非常事變，不能召集立法院時，大總統經參政院之同意，得發財政緊急處分；但須於次期立法院開會之始，請求追認。

第五十六條　預算不成立時，執行前年度預算；會計年度既開始，預算未議定時亦同。

第五十七條　國家歲出歲入之決算，每年經審計院審定後，由大總統提出報告書於立法院，請求承諾。

第五十八條　審計院之編制，由約法會議議決之。

第九章　制定憲法程序

第五十九條　中華民國憲法案，由憲法起草委員會起草。

憲法起草委員會，以參政院所推舉之委員組織之；其人數以十名爲限。

第六十條　中華民國憲法案，由參政院審定之。

第六十一條　中華民國憲法案，經參政院審定後，由大總統提出於國民會議決定之。

國民會議之組織，由約法會議議決之。

第六十二條　國民會議，由大總統召集并解散之。

第六十三條　中華民國憲法，由大總統公布之。

第十章　附則

第六十四條　中華民國憲法未施行以前，本約法之效力與憲法等，

約法施行前之現行法令，與本約法不相牴觸者，保有其效力。

第六十五條　中華民國元年二月十二日所宣布之大清皇帝辭位後優待條件，清皇族待遇條件，滿蒙回藏各族待遇條件，永不變更其效力。

其與待遇條件有關係之蒙古待遇條件，仍繼續保有其效力；非依法律，不得變更之。

第六十六條　本約法由立法院議員三分二以上或大總統提議增修，經立法院議員五分四以上之出席，出席議員四分三以上之可決時，由大總統召集約法會議增修之。

第六十七條　立法院未成立以前，以參政院代行其職權。

第六十八條　本約法自公布之日施行；民國元年三月十一日公布之臨時約法，於本約法施行之日廢止。

四　湖南省憲法　民國十一年一月一日公布

序言

湖南全省人民，為增進幸福，鞏固國基，制定憲法如左：

第一章　總綱

第一條　湖南為中華民國之自治省。

第二條　湖南省以現有之土地為區域。

第三條　凡有中華民國國籍，繼續住居本省滿二年以上者，皆為本省人民。

第四條　省自治權屬於省民全體。

第二章　人民之權利義務

第五條　人民在法律上一律平等，無男女，種族，宗教，階級之區別。　無論何人，不得以人身為買賣之目的物。

第六條　人民有保護其身體生命之權。

身體之自由權，非依法律，不受何種限制，或被剝奪。

依法而受限制，或被剝奪時，不得虐待或刑訊。

除現役軍人外，凡人身自由被剝奪時，施行剝奪令之機關，至遲須於二十四小時以內，以剝奪之理由通知本人，令其得有即時提出申辯之機會。　被剝奪人或他人，皆得向法庭請求出庭狀，法庭不得拒絕之。

人民有要求適當法庭迅速審判之權。除依戒嚴法規定外，不受軍法機關之審判

凡行為必於其實行以前已經法律規定為犯罪行為，審判時方得以犯罪目之。

人民受法庭審判時，非正式宣告判決有罪確定後，不受何種刑罰之執行。

人民不受身體上之刑罰。

第七條　人民有保護其私有財產之權。

人民之私有財產，依法律認為必要時，非給以相當之價值，不得收為公用。

人民之私有財產，非依法律，不得查封，沒收，及其他處分。

人民之私有財產不受非法之科罰，捐輸，或借貸。

第八條　人民有保護其居宅之權。

人民居宅，不得駐屯軍隊。但戰時依合法之程序，得駐屯之。

第九條　人民之身體，住宅，郵電文書，及各種財物，除經本人允許，或依合法之程序外，不受搜索檢查。

第十條　人民限於不妨害社會秩序，善良風俗，有信仰宗教之自由。

政府不得對於何種宗教，與以不平之限制或特享之利益。

第十一條　人民在不抵觸刑事法典之範圍內，有用語言，文字，圖書，印刷及其他方法，自由發表意思之權；不

受何種特別法令之限制，或檢查機關之侵害。

第十二條　人民在不抵觸刑事法典之範圍內，有自由結社及不攜武器平和集會之權，不受何種特別法令之限制。

第十三條　人民或人民之自治團體，有購置槍枝子彈以謀自衞之權，但須經官吏之許可登記。

前項之槍枝子彈，無論何種機關，不得強制借用或提取。

第十四條　人民有營業之自由權；但爲保障重大之公共利益時，須受法律上之限制。

第十五條　人民有居住遷徙之自由。

除省法律別有規定外，在本省內，無論移住何縣，何市，何鄉，有與該地人民同等之權利義務。

第十六條　人民有請願於議會之權，

第十七條　人民有陳訴於行政官署之權。

第十八條　人民有訴訟於法院之權。

法院如違背訴訟法規，延不審判，人民得提起懲戒之訴。

第十九條　人民有請求救恤災難之權。

第二十條　人民依法律有選舉，被選舉，提案，總投票及任受公職之權。

公職員之任免，保護，及懲戒，以省法律定之。

第二十一條　人民有受教育之義務。

義務教育以上之各級教育，無分男女，皆有享受其同等利益之權。

第二十二條　人民依法律有左列各種義務：

一　納租稅之義務；

二　服兵役之義務；

三　擔任名譽公職之義務。

第二十三條　人民之一切公私權利及義務，不得以宗教信仰之故而生變動。

第二十四條　外省人之居住營業於本省者，與本省人受同等之保護。

第三章　省之事權

第二十五條　關於左列各事項，省有議決執行權：

一　省以下之地方制度，及各級地方自治之監督；

二　省官制，官規，官俸，及官吏之考試；

三　省法院之編制，監獄及感化院之設立，及司法行政之監督，

四　各種職業團體之組織，及關於勞動之法規；

五　制定本省稅則，募集省公債，及訂結省政府有負擔之契約；

六　制定戶籍法及登記法；

七　省公產及營造物之處分；

八　各級學校學制及與教育相聯屬之事項；

九　鑛業農林之保護及發展；

十　各種公共實業及關於實業之法規，

十一　省以內之河川，道路，土地整理，及其他土木工程事項；

十二　省以內之鐵道，電話，電報支線之建設。但為謀交通行政之統一聯絡，省際商業之發達，及應國防上之急需，國政府之命令得容受之；

十三　省內之軍政軍令事項；

十四　省警察行政事項；

十五　衛生及各種公益慈善事項。

第二十六條　其他關於省以內之事項，在與國憲不相抵觸之範圍內，省得制定法規，並執行之。

第二十七條　省政府受國政府之委託，得執行國家行政事務；但因執行國家行政所生之費用，須由國政府負擔。

第四章　省議會

第二十八條　省議會以全省公民直接選出之議員組織之。

凡有選舉權之人民，稱公民。

第二十九條　省議員之名額，以人口為比例：每人口二十萬選出議員一名；但不滿二十萬之縣，亦得選出議員一名。

第三十條　有中華民國國籍之男女年滿二十一歲以上，於調查選舉人資格以前，在湖南繼續住居滿二年以上，有法定住址，無左列情事之一者，皆有選舉省議員之權：

一　患精神病者；

二　被剝奪或停止公權，尚未復權者；

三　受破產宣告，尚未撤消者；

四　吸食鴉片者；

五　營不正當業者；

六　未受義務教育者。　但義務教育未普及以前，以不識文字者爲限。

第三十一條　公民年滿二十五歲以上，無左列情事之一者，皆有被選爲省議員之權：

一　現役軍人；

二　現任官吏；

三　現任宗教師；

四　在校未畢業之學生。

第三十二條　省議員之選舉及省議會之組織，以省法律定之。

第三十三條　省議員任期三年；從當選之日起算至滿三年之日爲止。

第三十四條　省議會設議長一人，副議長二人，由議員互選之。

第三十五條　省議會自行集會，開會，閉會。

第三十六條　省議會每年開常會二次；於每年三月一日九月一日開會。常會會期爲兩個月；但遇有必要時，得延長一個月。

第三十七條　省議會閉會時，設常駐委員會。

第三十八條　省議會遇有省議員三分之一以上動議，或省長認為必要時，得召集臨時會；但會期不得過一個月。

第三十九條　省議會之職權如左：

一　議決第二十五條及第二十六條之事項；

二　議決預算及決算案；

三　依本法所規定，選舉官吏；

四　受理人民之請願；

五　提出質問書於省務院，或請求省務員出席質問之；

六　對於省務員之全體或一員得為不信任之投票；

七　省長有謀叛賄賂或其他重大犯罪行為時，得以議員總額四分三以上之出席，出席員三分二以上之可決，彈劾之；省長被彈劾時，須即退職，退職後由檢察廳提起公訴；

八　高等審判廳長及高等檢察廳長有賄賂或其他違法行為時，得以議員三分二以上之出席，出席員三分二以上之可決，彈劾之；被彈劾之廳長，須即退職，退職後由檢察廳提起公訴；

九　省務員及審計院長有賄賂或其他違法行爲時，得以議員總額三分二以上之出席，出席員三分二以上之可決，彈劾之；被彈劾之省務員或審計院長，即須退職，退職後由檢察廳提起公訴；

十　對於其他各種官吏有賄賂或其他違法行爲時，得組織查辦委員會，查明咨請該主管官廳懲辦之。

第四十條　省議員在會內所發之言論，對於會外不負責任。

第四十一條　省議員在開會期內，除現行犯外，非經省議會之許可，不受逮捕審問及監禁。省議員在開會期內，被逮捕監禁時，逮捕監禁之機關，須於二十四小時以內，將逮捕監禁之理由通知省議會。

第四十二條　省議員在任期內，不得爲官吏及兼任有給之公職。

第四十三條　各選舉區對於該區所選出之議員不信任時，得以左列方法撤回之：

一　由原選舉區公民百分之一以上連署提議，經該區公民總投票過半數可決者；

二　由原選舉區內之縣議會，市議會，鄉議會議員總額過半數連署提議，經該區公民總投票過半數可決者。

第四十四條　省議會得以左列方法解散之：

一　由全省公民百分之二以上連署提議，經全省公民總投票過半數可決者；

二 全省縣議會過半數連署提議，呈由省長交全省公民總投票之過半數可決者；

三 省長依省務院全體之副署，提出理由書付全省公民總投票過半數可決者；

第四十五條 依前條及第五十二條第二項解散省議會後，須於三個月內召集新省議會；但一年內不得解散議會兩次。

第五章 省長及省務院

一 省長

第四十六條 省行政權由省長及省務院行使之。

第四十七條 省長由省議會選出四人，交由全省公民總投票決選，以得票最多數者爲當選。

第四十八條 依本法規定之本省公民，年滿三十五歲以上，在湖南繼續住居滿五年以上者，得被選爲省長。

第四十九條 省長就任時，須於省議會爲左列之宣誓：

某某誓以至誠遵守憲法，執行省長之職權。

第五十條 現職軍人被選爲省長時，須解除本職，方得就任。

第五十一條 省長任期四年；不得連任；但解職四年後得再被選。

省長滿任前三個月，須舉行次任省長之選舉。

第五十二條　省長未滿任以前，得由省議會提議交公民總投票表決，令其退職，省議會提出此項議案時，須有議員總額三分二之出席，出席員三分二之可決，方得成立。

前項議案成立後，省長即須停止其職權之行使。公民總投票對於前項議案多數可決時，省長即須退職；多數否決時，則省長回復其職權，省議會即須解散。

第五十三條　省長缺位或因事故不能執行其職務時，由省務院長代行其職權，至新省長就職之日或省長再行視事時爲止。

省長缺位時，即依本法第四十七條所定之方法，選舉新省長。

第五十四條　省長應於滿任日解職。如屆期新省長尚未選出，或選出後尚未就職時，省務院長代行職務。

第五十五條　省長之職權如左：

一　公布法律及發布執行法律之命令；

二　統率全省軍隊，管理全省軍政；

三　任免全省文武官吏。但本法及法律有特別規定者，依其規定；

四　遇內亂外患時，經省議會之同意，得宣告戒嚴。如在省議會閉會期內，須得常駐委員同意，由省議會

於下屆開會時追認之。

戒嚴期內,本法第九條,第十一條,第十二條之效力,得暫受限制;但經省議會認爲無戒嚴之必要時,應即宣告解嚴;

五 遇必要時,得召集省議會臨時會。

第五十六條 省長執行前條各款之職權,皆須由省務院長及主管之省務員副署負責。

二 省務院

第五十七條 省設省務院及左列各司:

一 內務司;

二 財政司;

三 教育司;

四 實業司;

五 司法司;

六 交涉司;

七 軍務司。

省務院以各司之司長組織之，各司司長皆爲省務員。

第五十八條　各司之組織及司長之選舉與任期，以省法律定之。

第五十九條　各司司長由省議會選舉二人，咨請省長擇一任命之。省務院長由省務員互選一人，呈請省長任命。

省務員去職時，省議會須於省務員去職之日起十日內選出。如省議會在閉會期內，須於開會後十日內選出之。

省務員如有瀆職及其他違法行爲時，省長得罷免之。

省務員於省議會閉會期內去職時，得由省長暫行任命代理。

第六十條　省務院設政務會議，以省務院長爲議長，各省務長皆列席，議決施政方針，及關涉各司權限爭議之事件，對於省議會負連帶責任。

第六十一條　政務會議議決之結果，須由省務院長報告省長。

遇有特別重大事件，得由省長主席，於省務院開特別聯席會議。但此種聯席會議，省長不得以省務員不能負責之議案強制其議決執行。

第六十二條　省長所發之命令及其他關於政務之文書，非經省務院長及各主管司長之副署，不生效力。

第六十三條　省務員全體或一員，受省議會之不信任投票時，即須辭職。

第六章　立法

第六十四條　法律案由省議會議員或省務院以省長之名義提出之。

第六十五條　法定之省教育會，農會，工會，商會，律師公會及其他依法律組織之各職業團體，得提出關於各該團體範圍內之法律案，省議會必須以之付議。

前項議案開議時，提案者得派員出席省議會說明之，但不得參加表決。

第六十六條　全省公民百分之一以上連署動議，或全省縣議會及一等市議會三分之一以上連署動議，得提出法律案，呈請省長咨省議會議決。　省議會對於此項議案，如擱置不議，或議而否決時，省長應將該案及否決之理由付全省公民總投票表決，可決時即成為法律。

第六十七條　省議會議決之法律案，省長須於送達後二十日內公布之。

省議會議決之法律案，省長如否認時，須於送達後十日內將否認之理由咨省議會覆議。　如有出席議員三分之二以上仍執前議時，應即公布之。

未咨省議會覆議之法律案，逾公布期限即成為法律。

法律案於將近閉會期咨送省長者，省長如否認時，得聲明理由咨省議會於下屆開會時覆議之。

法律案咨送省長後，於省長否認而省議會解散時，得咨新省議會覆議之。

全省縣議會及一等市議會三分之一以上連署動議，或全省公民百分之一以上連署請議，皆得於公布期內要求將已議決之法律案展緩兩月公布。　兩月內卽提交全省公民總投票表決。

第六十八條　凡本法所規定得由公民提案，及須公民總投票表決之事項，其提案及投票之方法，以省法律定之。

第七章　行政

一　財政

第六十九條　省之租稅，依省法律之規定徵收之。

第七十條　省之收入支出，由省庫或代理省庫之銀行執掌之。

發款收據，須有審計院長之簽印，省庫方得支付。

省庫之組織，以省法律定之。

第七十一條　省會計年度，以每年七月一日爲始，至次年六月三十日止。

第七十二條　省長須於省議會開會後之五日內將次年度之預算案提交省議會議決
省長得提出追加預算案交省議會議決。
以省款經營之事項，非一年所能完竣，或其費用非一年所能籌備，或因契約之關係其負擔不止於一年者，得經省議會之議決，預定年限，設繼續費。
省議會對於預算案得修正之；但不得增加歲出或增加新款項。
預算案內之款項，經省議會議決後，不得濫用。

第七十三條　省長須於會計年度終了後，將前年度之決算案，提交省議會議決。

第七十四條　省之財務行政狀況，及省議會議決之預算決算案省長須公布之。

二　教育

第七十五條　全省人民，自滿六歲起，皆有繼續受四年教育之義務。
爲達前項之目的，得強制各地方自治團體就地籌集義務教育經費，開辦應有之國民學校。

第七十六條　每年教育經費，至少須佔全省預算案歲出百分之三十。　每年提出之教育基金，至少須佔全省預算案歲出百分之二。　其保管方法及用途，以省法律定之。

第七十七條　成績優良之國民學校，得酌量獎勵之。

第七十八條　成績優良之職業學校，經省議會議決，得為藉書設備之補助。
第七十九條　省須設立大學一所。
第八十條　為達本法第二十一條第二項之目的，省政府及各自治團體，須設備特別基金資助貧戶男女學童之適於受中等以上教育者。其資助之方法，須以省法律定之。
第八十一條　學校不得駐紮軍隊，或據為軍人住宅。

三　實業

第八十二條　省有產業，非經省議會議決，不得抵押或變賣之。
省內之天然富源，無論公有私有，不得變賣與無中華民國國籍者。
第八十三條　省政府經省議會議決，經營各種實業時，須依私人營業之組織。
第八十四條　省政府對於省內之私人營業，認為於公益上有必要時，經省議會議決，得以相當之代價收歸省有。
第八十五條　省政府對於私有營業之勞工保護，勞工賠償，勞工衛生等，得依法律之規定監督之。
第八十六條　省政府對於私有營業之不正當競爭，或不公允價率，得依法律之規定制裁之。

四　軍事

第八十七條　全省軍務爲省行政之一部；無論平時戰時，其管理統率，依本法第五十五條及第五十六條之規定，屬於省長。

第八十八條　全省之健全男子，自滿二十歲至滿四十歲，依義務民兵制，平時合計須有十二個月在軍中服務。

義務民兵之兵役法及編制，以省法律定之。　但得設一萬人以內之常備部隊。

中華民國對外國宣戰時，本省軍隊之一部，得受國政府之指揮。

第八十九條　省內治安，省民共保之；省外軍隊，非經省議會議決及省政府允許，永遠不得駐紮或通過本省境內。

第八章　司法

第九十條　省設高等審判廳，爲一省之最高審判機關，對於本省之民事，刑事，行政及其他一切訴訟之判決，爲最終之判決。

高等審判廳之下，設地方審判廳，初級審判廳。

第九十一條　省設高等檢察廳，爲一省最高之檢察機關。

高等檢察廳之下，設地方檢察廳，初級檢察廳。

第九十二條　高等審判廳長及高等檢察廳長，由省議會依法定資格選舉之。選舉方法，以省法律定之。

高等審判廳長及高等檢察廳長以下之各法官，均由省務院呈請任命之。

第九十三條　法官獨立審判，不受何方之干涉。

第九十四條　高等審判廳長及高等檢察廳長，任期八年；在任期內，非依本法第三十九條第八款之規定，不得免職。

高等審判廳長及高等檢察廳長以下各法官，非依法律不得免職，降職，停職，減俸或轉職。　法官之懲戒處分，以省法律定之。

第九十五條　司法區域之劃分，法院之編制，及法官之俸給以省法律定之。

第九章　審計院

第九十六條　省設審計院，審計院長由省議會選舉。　審計院之組織及審計院長之選舉，以省法律定之。

第九十七條　審計院長任期八年，在任期內，非依本法第三十九條第九款之規定，不得免職。

第九十八條　省經費之收入各徵收機關須於繳納省庫時報告審計院。省經費之支出，須經審計院長按照預算案或臨時支出之法案核准簽印。　支出與原案不符時，得拒絕之。

第九十九條　審計院得隨時調查各機關之收支簿據。

第一百條　審計院對於全省各機關收支簿據之登記法及報告程式，有釐訂劃一之權。　此項釐訂劃一辦法，由審計院長咨請省長行之。

第十章　縣制大綱

第一百零一條　縣爲省之地方行政區域，並爲自治團體。

第一百零二條　縣置縣長，受省長之指揮監督執行省之地方行政，及縣之自治行政，並同時監督縣以下之各自治機關。

第一百零三條　縣長由縣議會選舉六人，交由全縣公民決選二人，呈請省長擇一任命。

第一百零四條　縣長任期四年。　但在任期內，如有瀆職或違法行爲時，由省長免職；免職後即依前條舉行新選舉。

第一百零五條　縣長之資格，選舉，及縣行政機關之組織，以省法律定之。

第一百零六條　縣設縣議會。議員人數，依縣之大小酌定之，但不得少於十六人，至多亦不得過五十人。
縣議會之議員，由全縣公民直接投票選出之。
縣議會之組織解散，及縣議員之選舉，撤回，以省法律定之。

第一百零七條　在不抵觸省法令之範圍內，縣有左列各事項之自治權：
一　縣以內之教育及與教育相聯屬之事項；
二　縣以內之道路，水利，及其他土木工程事項；
三　縣以內之實業及公共營業；
四　縣以內之警察，衛生，及各種公益慈善事項；
五　縣公產及營造物之處分；
六　其他依省法令賦與縣自治處理之事項。
前列各事，有涉及兩縣以上者，得協議處理之。

第一百零八條　在不抵觸省法令之範圍內，縣得制定縣稅及附於省稅之附加稅，並他種公共收入，以充縣自治事項之經費；但須受省政府之監督。

第一百零九條　縣之收入支出，每年由縣長詳細公布之。

第十一章　市鄉自治制大綱

第一百十條　市鄉皆爲自治團體。

第一百十一條　省以內之都會商埠人口滿二十萬以上者，爲一等市；人口滿五萬以上，不及二十萬者，爲二等市；人口滿五千以上，不及五萬人者，爲三等市；不及五千人者屬於鄉。

第一百十二條　一等市直接受省政府之監督。

第一百十三條　一等市設市長一人，由全市公民直接選出；任期二年。

第一百十四條　一等市設市議會，由全市公民直接選出之議員組織之。其選舉及組織，以省法律定之。市議會之議員爲無給職。

第一百十五條　一等市設市委員會，以市長爲委員會長，凡市之行政方針，由委員會議決執行。委員會之半數，由市議會選出；其他之半數，由市長從各職業團體中擇任之。委員會之委員爲無給職。

第一百十六條　一等市市政公所之專務職員，由市長經委員會之同意任用之。

第一百十七條　一等市之公民，對於市之重要立法有直接提案及總投票之覆決權；其方法以省法律定之。

第一百十八條　自治權：

一　市以內之教育及與教育相聯屬之事項；

二　市以內之街道，水溝，及其他土木工程事項：

三　市以內之電燈，電車，煤氣，自來水，及其他關於公益之營業；

四　市以內之警察，衛生，及各種公益慈善事項；

五　其他依省法令賦與或由省政府委託市執行處理之事項。

第一百十九條　一等市受省政府之監督，得制定左列各種市稅：

一　房屋稅；

二　車馬稅；

三　戲院及其他各種遊戲場稅；

四　屠宰稅；

五　酒館稅；

六　附於省稅之附加稅；

七　其他稅則得政府之許可者。

第一百二十條　一等市受省政府之監督，得募集市債。

第一百二十一條　二等市之組織，得適用本法自第一百十三條至第一百十七條之規定；但受縣政府監督。

第一百二十二條　二等市之自治權，得適用本法第一百十八條及第一百十九條之規定，但以不抵觸省及縣法令為範圍。

第一百二十三條　一二等市之制度，以省法律定之。但在不背本法之範圍內，一二等市得自定其制度，經省議會認可施行。

第一百二十四條　三等市及鄉之組織，以省法律定之。但得斟酌各地方情形，自定其組織，經省議會認可施行。

第一百二十五條　凡市鄉之收入支出，每年須詳細公布之。

第十二章　本法之修正及解釋

第一百二十六條　本法公布後，每十年須召集憲法會議一次，議決應行修正案，交由公民總投票決定之。

經省議會議員四分之三及全省縣議會及一等市議會團體三分之二提出修正案，得召集憲法會議議決，交公民總投票決定之。

憲法會議之組織，以省法律定之。

第一百二十七條　因本法所發生之爭議，由高等審判廳解釋之。

第十三章　附則

第一百二十八條　省法律未公布以前，中華民國現行法律及基於法律之命令，與本法不相抵觸者，仍得適用於本省。

第一百二十九條　國憲未成立以前，應歸於國之事權，得由本省議決執行之。

第一百三十條　戶口調查未完竣以前，本法第二十九條之規定，暫緩施行。省議員之名額，暫以各縣田賦為標準：凡田賦未滿一萬元者，選出一名；一萬元以上六萬元未滿者，選出二名；六萬元以上，十二萬元未滿者，選出三名；十二萬元以上，十八萬元未滿者，選出四名；十八萬元以上者，選出五名。

其各縣應出省議員之名額，列表於後：

長沙四名　湘陰三名　瀏陽四名　醴陵三名　湘潭四名　寧鄉三名　益陽三名　湘鄉四名

攸縣三名　安化二名　茶陵三名　寶慶三名　新化二名　武岡三名　新寧二名　城步一名

衡陽五名　衡山三名　安仁二名　耒陽三名　常寧二名　酃縣二名　零陵三名　祁陽二名

東安二名　道縣二名　寧遠二名　永明二名　江華二名　新田二名　郴縣二名　永興二名
資興二名　宜章二名　桂陽二名　桂東二名　汝城二名　臨武二名　藍山二名　嘉禾二名
岳陽三名　平江三名　臨湘二名　華容二名　常德三名　桃源三名　漢壽二名　沅江一名
澧縣三名　石門二名　慈利二名　安鄉二名　臨澧二名　大庸一名　南縣二名　沅陵二名
瀘溪二名　辰溪二名　漵浦三名　芷江二名　黔陽二名　麻陽二名　永順二名　古丈一名
保靖一名　龍山一名　桑植一名　靖縣二名　綏寧二名　會同二名　通道一名　乾城一名
鳳凰一名　永綏一名　晃縣一名

第一百三十一條　戶口調查未完竣以前，本法第四十七條之規定，暫緩施行。省長之選舉，由省議會選出七人，交由全省縣議員決選之。

第一百三十二條　戶口調查未完竣以前，本法第十一章所定一等市之組織，暫緩施行。但非遇意外事變，至遲須於本法公布後之一年內，將省內各重要都會商埠人口，調查完竣，依本法制定一等市制度施行之。

第一百三十三條　全省戶口之調查，非遇意外之事變，至遲須於本法公布後二年完竣。

第一百三十四條　在國憲未成立以前，省政府得徵收國稅。但徵收額數與其用途仍須編入省預算案內，經省議會議決。

第一百三十五條　依本法所定之初級審判廳及檢察廳，至遲須於本法公布後一年內完全成立。

第一百三十六條　本法公布後，須即由現省政府設立法制編纂會，擬定施行本法所必須之法案，於第一次省議會開會時提出議決。

第一百三十七條　依本法成立之第一屆省議會，第一次開會期，不限於三十六條第一項之規定。

第一百三十八條　本法公布後至遲須於三個月內依本法辦理省議會及各縣議會選舉。　省議會及各縣議會選舉完竣後，至遲須於三個月內依本法選舉省長。　省長選出後，臨時省長應即解職；由正式省長依法組織省行政機關。　本法第八十七條之規定，應即施行。

第一百三十九條　現有軍隊未收束以前，本法第八十七條之規定，暫緩施行。　但至依本法所定正式政府成立之日止，須將軍費減至省預算案歲出二分之一；至鄰近各省自治政府成立後之半年止，軍費應減至省預算案歲出三分之一；至國憲成立後之半年止，軍費應減至省預算案歲出四分之一；並須於國憲成立後，即爲實施本法第八十八條之預備進行。

第一百四十條　立法，司法，行政各機關，依本法成立時，原設之機關，應即廢止。

第一百四十一條　本法由全省公民總投票可決後，公布之日施行。

五　中華民國憲法　民國十二年十月十日公布

中華民國憲法會議爲發揚國光，鞏固國圉，增進社會福利，擁護人道尊嚴，制茲憲法，宣布全國，永矢咸遵，垂之無極。

第一章　國體

第一條　中華民國永遠爲統一民主國。

第二章　主權

第二條　中華民國主權，屬於國民全體。

第三章　國土

第三條　中華民國國土，依其固有之疆域。

國土及其區劃，非以法律，不得變更之。

第四章　國民

第四條　凡依法律所定，屬中華民國國籍者，為中華民國人民。

第五條　中華民國人民，於法律上無種族，階級，宗教之別，均為平等。

第六條　中華民國人民，非依法律，不受逮捕，監禁，審問或處罰。

人民被羈押時，得依法律，以保護狀請求法院提至法庭審查其理由。

第七條　中華民國人民之住居，非依法律，不受侵入或搜索。

第八條　中華民國人民通信之秘密，非依法律，不受侵犯。

第九條　中華民國人民有選擇住居及職業之自由，非依法律，不受制限。

第十條　中華民國人民有集會結社之自由，非依法律，不受制限。

第十一條　中華民國人民有言論，著作及刊行之自由，非依法律，不受制限。

第十二條　中華民國人民，有尊崇孔子及信仰宗教之自由，非依法律，不受制限。

第十三條　中華民國人民之財產所有權，不受侵犯；但公益上必要之分處，依法律之所定。

第十四條　中華民國人民之自由權，除本章規定外，凡無背於憲政原則者，皆承認之。

第十五條　中華民國人民依法律有訴訟於法院之權。

第十六條　中華民國人民依法律有請願及陳訴之權。

第十七條　中華民國人民依法律有選舉權及被選舉權。

第十八條　中華民國人民依法律有從事公職之權。

第十九條　中華民國人民依法律有納租稅之義務。

第二十條　中華民國人民依法律有服兵役之義務。

第二十一條　中華民國人民依法律有受初等教育之義務。

第五章　國權

第二十二條　中華民國之國權，屬於國家事項，依本憲法之規定行使之；屬於地方事項，依本憲法及各省自治法之規定行使之。

第二十三條　左列事項，由國家立法並執行之：

一　外交；

二　國防；

三　國籍法；

四　刑事，民事及商事之法律；

五　監獄制度；

六　度量衡；

七　幣制及國立銀行；

八　關稅，鹽稅，印花稅，煙酒稅其他消費稅，及全國稅率應行劃一之租稅；

九　郵政，電報及航空；

十　國有鐵道及國道；

十一　國有財產；

十二　國債；

十三　專賣及特許；

十四　國家文武官吏之銓試，任用，糾察及保障；

十五　其他依本憲法所定屬於國家之事項。

第二十四條　左列事項，由國家立法並執行，或令地方執行之：

一　農，工礦業及森林；

二　學制；

三　銀行及交易所制度；

四　航政及沿海漁業；

五　兩省以上之水利及河道；

六　市制通則；

七　公用徵收；

八　全國戶口調查及統計；

九　移民及墾殖；

十　警察制度；

十一　公共衞生；

十二　救卹及遊民管理；

十三　有關文化之古籍，古物，及古蹟之保存。

上列各款，省於不抵觸國家法律範圍內得制定單行法。本條所列第一，第四，第十一，第十二，第十三各款，

在國家未立法以前，省得行使其立法權。

第二十五條　左列事項，由省立法並執行，或令縣執行之

一　省教育，實業及交通；

二　省財產之經營處分；

三　省市政；

四　省水利及工程；

五　田賦，契稅，及其他省稅；

六　省債；

七　省銀行；

八　省警察及保安事項；

九　省慈善及公益事項；

十　下級自治；

十一　其他依國家法律賦予事項。

前項所定各款，有涉及二省以上者，除法律別有規定外，得共同辦理。　其經費不足時，經國會議決，由國庫

補助之。

第二十六條　除第二十三條第二十四條第二十五條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其性質關係國家者，屬之國家，關係各省者，屬之各省；遇有爭議，由最高法院裁決之。

第二十七條　國家對於各省課稅之種類及其徵收方法，爲免左列諸弊，或因維持公共利益之必要時，得以法律限制之：

一　妨害國家收入或通商；

二　二重課稅；

三　對於公共道路或其他交通設施之利用，課以過重或妨礙交通之規費；

四　各省及各地方間因保護其產物，對於輸入商品爲不利益之課稅；

五　各省及各地方間，物品通過之課稅。

第二十八條　省法律與國家法律牴觸者無效。

省法律與國家法律發生牴觸之疑義時，由最高法院解釋之。

前項解釋之規定，於省自治法牴觸國家法律時得適用之。

第二十九條　國家預算不敷，或因財政緊急處分，經國會議決，得比較各省歲收額數，用累進法分配其負擔

第三十條　財力不足或遇非常事變之地方，經國會議決，得由國庫補助之。

第三十一條　省與省爭議事件，由參議院裁決之。

第三十二條　國軍之組織以義務民兵制爲基礎。　各省除執行兵役法所規定之事項外，平時不負其他軍事上之義務。

義務民兵依全國徵募區分期召集訓練之；但常備軍之駐在地，以國防地帶爲限。

國家軍備費，不得逾歲入四分之一；但對外戰爭時，不在此限。

國軍之額數，由國會議定之。

第三十三條　省不得締結有關政治之盟約。

省不得有妨害他省或其他地方利益之行爲。

第三十四條　省不得自置常備軍，並不得設立軍官學校及軍械製造廠。

第三十五條　省因不履行國法上之義務，經政府告誡，仍不服從者，得以國家權力強制之。

前項之處置，經國會否認時，應中止之。

第三十六條　省有以武力相侵犯者，政府得依前條之規定制止之。

第三十七條　國體發生變動，或憲法上根本組織被破壞時，省應聯合維持憲法上規定之組織，至原狀回復

爲止。

第三十八條　本章關於省之規定，未設省已設縣之地方，均適用之。

第六章　國會

第三十九條　中華民國之立法權，由國會行之。

第四十條　國會以參議院，衆議院構成之。

第四十一條　參議院以法定最高級地方議會及其他選舉團體選出之議院組織之。

第四十二條　衆議院以各選舉區比例人口選出之選員組織之。

第四十三條　兩院議員之選舉，以法律定之。

第四十四條　無論何人，不得同時爲兩院議員。

第四十五條　兩院議員不得兼任文武官吏。

第四十六條　兩院議員之資格，各院得自行審定之。

第四十七條　參議院議員任期六年，每二年改選三分之一。

第四十八條　衆議院議員任期三年。

第四十九條　第四十七條第四十八條議員之職務，應俟次屆選舉完成，依法開會之前一日解除之。

第五十條　兩院各設議長副議長一人，由兩院議員互選之。

第五十一條　國會自行集會開會閉會；但臨時會於有左列情事之一時行之：

一　兩院議員各有三分之一以上之聯名通告；

二　大總統之牒集。

第五十二條　國會常會於每年八月一日開會。

第五十三條　國會常會會期為四個月；得延長之，但不得逾常會會期。

第五十四條　國會之開會，閉會，兩院同時行之。

一院停會時，他院同時休會。

衆議院解散時，參議院同時休會。

第五十五條　國會之議事，兩院各別行之。

同一議案，不得同時提出於兩院。

第五十六條　兩院非各有議員總數過半數之列席，不得開議。

第五十七條　兩院之議事，以列席議員過半數之同意決之；可否同數，取決於議長。

第五十八條　國會之議定，以兩院之一致成之。

第五十九條　兩院之議事，公開之；但得依政府之請求或議院秘密之。

第六十條　衆議院認大總統副總統有謀叛行爲時，得以議員三分二以上之列席，列席員三分二以上之同意彈劾之。

第六十一條　衆議院認國務員有違法行爲時，得以列席員三分二以上之同意彈劾之。

第六十二條　衆議院對於國務員得爲不信任之決議。

第六十三條　參議院審判被彈劾之大總統，副總統及國務員。

前項審判，非以列席員三分二以上之同意，不得判決爲有罪或違法。

判決大總統副總統有罪時，應黜其職；其罪之處刑，由最高法院定之。

判決國務員違法時，應黜其職，並得奪其公權；如有餘罪，付法院審判之。

第六十四條　兩院對於官吏違法或失職行爲，各得咨請政府查辦之。

第六十五條　兩院各得建議於政府。

第六十六條　兩院各得受理國民之請願。

第六十七條　兩院議員得提出質問書於國務員，或請求其到院質問之。

第六十八條　兩院議員於院內之言論及表決，對於院外不負責任。

第六十九條　兩院議員在會期中，除現行犯外，非得各本院許可，不得逮捕或監視。

兩院議員因現行犯被逮捕時，政府應卽將理由報告於各本院。　但各本院得以院議，要求於會期內暫行停止訴訟之進行，將被捕議員交回各本院。

第七十條　兩院議員之歲費及其他公費，以法律定之。

第七章　大總統

第七十一條　中華民國之行政權，由大總統以國務員之贊襄行之。

第七十二條　中華民國人民，完全享有公權，年滿四十歲以上，並居住國內滿十年以上者，得被選舉為大總統。

第七十三條　大總統由國會議員組織總統選舉會選舉之。

前項選舉，以選舉人總數三分二以上之列席，用無記名投票行之。　得票滿投票人數四分三者為當選。

但兩次投票無人當選時，就第二次得票較多者二名決選之，以得票過投票人數之半者為當選。

第七十四條　大總統任期五年。　如再被選，得連任一次。

大總統任滿前三個月，國會議員須自行集會，組織總統選舉會，舉行次任大總統之選舉。

第七十五條　大總統就職時，須爲左列之宣誓：

「余誓以至誠遵守憲法，執行大總統之職務，謹誓」

第七十六條　大總統缺位時，由副總統繼任，至本任大總統期滿之日止。

大總統因故不能執行職務時，以副總統代理之。

副總統同時缺位，由國務院攝行其職務。　同時，國會議員於三個月內自行集會，組織總統選舉會，行次任大總統之選舉。

第七十七條　大總統應於任滿之日解職。　如屆期次任大總統尚未選出，或選出後尚未就職，次任副總統亦不能代理時，由國務院攝行其職務。

第七十八條　副總統之選舉，依選舉大總統之規定，與大總統之選舉同時行之。　但副總統缺位時，應補選之。

第七十九條　大總統公布法律，並監督確保其執行。

第八十條　大總統爲執行法律或依法律之委任，得發布命令。

第八十一條　大總統任免文武官吏。　但憲法及法律有特別規定者，依其規定。

第八十二條　大總統爲民國陸海軍大元帥，統帥陸海軍。

陸，海軍之編制，以法律定之。

第八十三條　大總統對於外國爲民國之代表。

第八十四條　大總統經國會之同意，得宣戰；但防禦外國攻擊時，得於宣戰後請求國會追認。

第八十五條　大總統締結條約；但媾和及關係立法事項之條約，非經國會同意，不生效力。

第八十六條　大總統依法律得宣告戒嚴；但國會認爲無戒嚴之必要時，應即爲解嚴之宣告

第八十七條　大總統經最高法院之同意，得宣告免刑，減刑，及復權；但對於彈劾事件之判決，非經參議院同意，不得爲復權之宣告。

第八十八條　大總統得停止衆議院或參議院之會議。　但每一會期，停會不得逾二次；每次期間，不得逾十日。

第八十九條　大總統於國務員受不信任之決議時，非免國務員之職，即解散衆議院；但解散衆議院，須經參議院之同意。

原國務員在職中或同一會期，不得爲第二次之解散。

大總統解散衆議院時，應卽令行選舉，於五個月內定期繼續開會。

第九十條　大總統除叛逆罪外，非解職後，不受刑事上之訴究

第九十一條　大總統，副總統之歲俸，以法律定之。

第八章　國務院

第九十二條　國務院以國務員組織之。

第九十三條　國務總理及各部總長，均爲國務員。

第九十四條　國務總理之任命，須經衆議院之同意。

國務總理於國會閉會期內出缺時，大總統得爲署理之任命；但繼任之國務總理，須於次期國會開會後七日內，提出衆議院同意。

第九十五條　國務員贊襄大總統，對於衆議院負責任。

大總統所發命令及其他關係國務之文書，非經國務員之副署，不生效力；但任免國務總理，不在此限。

第九十六條　國務員得於兩院列席及發言；但爲說明政府提案時，得以委員代理。

第九章　法院

第九十七條　中華民國之司法權，由法院行之。

第九十八條　法院之編制及法官之資格，以法律定之。

最高法院院長之任命，須經參議院之同意。

第九十九條　法院依法律受理民事，刑事，行政，及其他一切訴訟；但憲法及法律有特別規定者，不在此限。

第一百條　法院之審判，公開之。但認為妨害公安或有關風化者，得秘密之。

第一百零一條　法官獨立審判，無論何人，不得干涉之。

第一百零二條　法官在任中，非依法律，不得減俸，停職或轉職。

法官在任中，非受刑法宣告或懲戒處分，不得免職。

但改定法院編制及法官資格時，不在此限。

法官之懲戒處分，以法律定之。

第十章　法律

第一百零三條　兩院議員及政府，各得提出法律案。但經一院否決者，於同一會期，不得再行提出。

第一百零四條　國會議定之法律案，大總統須於送達後十五日內公布之。

第一百零五條　國會議定之法律案，大總統如有異議時，得於公布期內，聲明理由，請求國會覆議。如兩院

仍執前議時，應即公布之。

未經請求覆議之法律案，逾公布期限，即成為法律。

但公布期滿在國會閉會或衆議院解散後者，不在此限。

第一百零六條　法律非以法律，不得變更或廢止之。

第一百零七條　國會議定之決議案，交覆議時，適用法律案之規定。

第一百零八條　法律與憲法抵觸者無效。

第十一章　會計

第一百零九條　新課租稅及變更稅率，以法律定之。

第一百十條　募集國債及締結增加國庫負擔之契約，須經國會議定。

第一百十一條　凡直接有關國民負擔之財政案，衆議院有先議權。

第一百十二條　國家歲出歲入，每年由政府編成預算案，於國會開會後十五日內，先提出於衆議院。

參議院對於衆議院議決之預算案，修正或否決時，須求衆議院之同意。　如不得同意，原議決案即成為預算。

第一百十三條　政府因特別事業，得於預算案內預定年限，設繼續費。

第一百十四條　政府為備預算不足或預算所未及，得於預算案內設預備費。

預備費之支出，須於次會期請求衆議院追認。

第一百十五條　左列各款支出，非經政府同意，國會不得廢除或削減之：

一．法律上屬於國家之義務者；

二　履行條約所必需者；

三　法律之規定所必需者；

四　繼續費。

第一百十六條　國會對於預算案，不得為歲出之增加。

第一百十七條　會計年度開始，預算未成立時，政府得每月依前年度預算十二分之一施行。

第一百十八條　為對外防禦戰爭或戡定內亂，救濟非常災變時機緊急，不能召集國會時，政府得為財政緊急處分；但須於次期國會開會後七日內，請求衆議院追認。

第一百十九條　國家歲出之支付命令，須先經審計院之核准。

第一百二十條　國家歲出歲入之決算案，每年經審計院審定，由政府報告於

衆議院對於決算案或追認案否認時國務員應負其責

第一百二十一條　審計院之組織及審計員之資格，以法律定之。

審計員在任中非依法律，不得減俸停職或轉職。

審計員之懲戒處分，以法律定之。

第一百二十二條　審計院之院長，由參議院選舉之。

審計院院長關於決算報告，得於兩院列席及發言。

第一百二十三條　國會議定之預算及追認案，大總統應於送達後公布之。

第十二章　地方制度

第一百二十四條　地方劃分爲省、縣兩級。

第一百二十五條　省依本憲法第五章第二十二條之規定，得自制定省自治法；但不得與本憲法及國家法律相抵觸。

第一百二十六條　省自治法，由省議會、縣議會及全省各法定之職業團體選出之代表，組織省自治法會議制定之。

前項代表除由縣議會各選出一人外，由省議會選出者，不得逾由縣議會所選出代表總額之半數；其由各法定職業團體選出者亦同。　但由省議會縣議會選出之代表，不以各該議會之議員爲限。　其選舉法由省法律定之。

第一百二十七條　左列各規定，各省俱適用之：

一　省設省議會，爲單一制之代議機關；其議員依直接選舉方法選出之。

二　省設省務院，執行省自治行政，以省民直接選舉之省務員五人至九人組織之；任期四年。　在未能直接選舉以前，得適用前條之規定，組織選舉會選舉之。　但現役軍人，非解職一年後，不得被選。

三　省務院設院長一人，由省務員互選之。

四　住居省內一年以上之中華民國人民，於省之法律上一律平等，完全享有公民權利。

第一百二十八條　左列各規定，各縣俱適用之：

一　縣設縣議會，於縣以內之自治事項，有立法權。

二　縣設縣長，由縣民直接選舉之；依縣參事會之贊襄，執行縣自治行政。　但司法尚未獨立，及下級自治尚未完成以前，不適用之。

三　縣於負擔省稅總額內，有保留權；但不得逾總額十分之四。

四 縣有財產及自治經費，省政府不得處分之。

五 縣因天災事變或自治經費不足時，得請求省務院，經省議會議決，由省庫補助之。

六 縣有奉行國家法令及省法令之義務。

第一百二十九條 省稅與縣稅之劃分，由省議會議決之。

第一百三十條 省不得對於一縣或數縣施行特別法律；但關係一省共同利害者，不在此限。

第一百三十一條 縣之自治事項，有完全執行權；除省法律規定懲戒處分外，省不得干涉之。

第一百三十二條 省及縣以內之國家行政，除由國家分置官吏執行外，得委任省縣自治行政機關執行之。

第一百三十三條 省縣自治行政機關，執行國家行政有違背法令時，國家得依法律之規定懲戒之。

第一百三十四條 未設省已設縣之地方，適用本章之規定。

第一百三十五條 內外蒙古，西藏，青海因地方人民之公意，得劃分爲省、縣、兩級，適用本章各規定。但未設省縣以前，其行政制度，以法律定之。

第十三章 憲法之修正解釋及其效力

第一百三十六條 國會得爲修正憲法之發議。

前項發議，非兩院各有列席員三分二以上之同意，不得成立。

兩院議員非有各本院議員總額四分一以上之連署，不得爲修正憲法之提議。

第一百三十七條　憲法之修正，由憲法會議行之。

第一百三十八條　國體不得爲修正之議題。

第一百三十九條　憲法有疑義時，由憲法會議解釋之。

第一百四十條　憲法會議，由國會議員組織之。

前項會議，非總員三分二以上之列席，不得開議；非列席員四分三以上之同意，不得議決。但關於疑義之解釋，得以列席員三分二以上之同意決之。

第一百四十一條　憲法非依本章所規定之修正程序，無論經何種事變，永不失其效力。

六　中華民國國民政府組織法

民國十七年十月三日中國國民黨公布

中國國民黨本革命之三民主義，五權憲法，建設中華民國，既用兵力掃除障礙，由軍政時期入於訓政時期，尤宜建立五權之規模，訓練人民行使政權之能力，以期促進憲政，奉政權於國民，茲維本歷史上所授予本黨指導監督政府之職責，制定國民政府組織法，頒布之如左：

第一章　國民政府

第一條　國民政府總攬中華民國之治權。

第二條　國民政府統率陸海空軍。

第三條　國民政府行使宣戰，媾和，及締結條約之權，

第四條　國民政府行大赦，特赦，及減刑，復權。

第五條　國民政府以行政院，立法院，司法院，考試院，監察院五院組織之。

第六條　國民政府設主席委員一人，委員十二人至十六人。

第七條　國民政府五院院長副院長由國民政府委員任之。

第八條　國民政府主席代表國民政府接見外使，並舉行或參與國際典禮。

第九條　國民政府主席兼中華民國陸海空軍總司令。

第十條　國民政府主席因事故不能執行職務時，由行政院院長代理之。

第十一條　國民政府以國務會議處理國務。

國務會議由國民政府委員組織之，國民政府主席爲國務會議之主席

第十二條　院與院間不能解決之事項，由國務會議議決之。

第十三條　公布法律，發布命令，經國務會議議決，由國民政府主席及五院院長署名行之。

第十四條　各院得依據法律發布命令。

第二章　行政院

第十五條　行政院為國民政府最高行政機關。

第十六條　行政院設院長副院長各一人。

院長因事故不能執行職務時，由副院長代理之。

第十七條　行政院設各部，分掌行政之職權。

關於特定之行政事宜，得設委員會掌理之。

第十八條　行政院各部設部長一人，政務次長常任次長各一人，各委員會設委員長副委員長各一人，均由行政院院長提請國民政府分別任免之。

第十九條　行政院各部部長各委員會委員長，於必要時，得列席國務會議及立法院會議。

第二十條　行政院關於主管事項，得提出議案於立法院。

第二十一條　行政院會議，由行政院院長，副院長，及各部部長，各委員會委員長組織之，以行政院院長為主席。

第二十二條　左列事項應經行政院會議議決：

一、提出於立法院之法律案；

二、提出於立法院之預算案；

三、提出於立法院之大赦案；

四、提出於立法院之宣戰案，媾和案，條約案，及其他重要國際事項；

五、薦任以上行政官吏之任免；

六、行政院各部及各委員會間不能解決之事項；

七、其他依法律或行政院院長認為應付行政院會議議決事項。

第二十三條　行政院各部及各委員會，得依據法律發布命令。

第二十四條　行政院及各部各委員會之組織以法律定之。

第三章　立法院

第二十五條　立法院爲國民政府最高立法機關。立法院有議決法律案，預算案，大赦案，宣戰案，媾和案，條約案，及其他重要國際事項之職權。

第二十六條　立法院設院長副院長各一人。院長因事故不能執行職務時，由副院長代理之。

第二十七條　立法院設委員四十九人至九十九人，由立法院院長提請國民政府任命之。

第二十八條　立法院委員任期二年。

第二十九條　立法院委員不得兼任中央政府地方政府各機關之事務官。

第三十條　立法院會議以院長爲主席。

第三十一條　立法院之決議由國務會議議決公布之。

第三十二條　立法院之組織以法律定之。

第四章　司法院

第三十三條　司法院爲國民政府最高司法機關，掌理司法審判，司法行政，官吏懲戒，及行政審判之職權。關於特赦，減刑，及復權事項，由司法院院長提請國民政府核准施行。

第三十四條　司法院設院長副院長各一人。

院長因事故不能執行職務時，由副院長代理之。

第三十五條　司法院關於主管事項，得提出議案於立法院。

第三十六條　司法院之組織以法律定之。

第五章　考試院

第三十七條　考試院為國民政府最高考試機關，掌理考選銓敘事宜；所有公務員均須依法律經考試院考選銓敘，方得任用。

第三十八條　考試院設院長副院長各一人。

院長因事故不能執行職務時，由副院長代理之。

第三十九條　考試院關於主管事項，得提出議案於立法院。

第四十條　考試院之組織以法律定之。

第六章　監察院

第四十一條　監察院為國民政府最高監察機關依法律行使左列職權

一、彈劾；

二、審計。

第四十二條　監察院設院長副院長各一人。

院長因事故不能執行職務時，由副院長代理之。

第四十三條　監察院設監察委員十九人至二十九人，由監察院院長提請國民政府任命之

監察院監察委員之保障以法律定之。

第四十四條　監察院會議以監察委員組織之，監察院院長為監察院會議之主席。

第四十五條　監察院監察委員不得兼任中央政府及地方政府各機關之職務。

第四十六條　監察院關於主管事項，得提出議案於立法院。

第四十七條　監察院之組織以法律定之。

第七章　附則

第四十八條　本法自公布日施行。

參考書籍

關於比較憲法的參考書，在西文中至爲繁賾，一般讀者常感抉擇之難。 茲就英，法，德，日諸國憲法書中，(甲)含有比較性質者，(乙)專涉一國者(丙)彙載憲法正文者各取若干種，分項記之於左。 中文中關於憲法之著作，至爲貧乏，無煩申述；其可供讀者參考之用者，亦分別摘記於各項之內。

至討論憲法上特種問題之專著，本書於討論各該問題之章節中，大都已經徵列，茲不贅述。

左列西文及日文各書，其卷帙較小，較合普通讀者購買能力，或內容淺顯，較合普通讀者披覽能力者，概以•符號識之。

（甲）含有比較性質者：

Bryce: Modern Democracies, 2 vols., 1921.

現代民治政體：梅祖芬，趙蘊琦，趙冠青譯。（此即前書之譯本，但尚未譯全，商務印書館出版。）

Esmein: Elément de Droit Constitutionnel, 2 vols., 1921.

Jellinek: Allgemeine Staatslehre, 1905.

Kelsen: Allgemeine Staatslehre, 1925.

*Lowell: The Greater European Governments, 1927.

Marriott: The Mechanism of the Modern State, 2 vols., 1927.

*Munro: Governments of Europe, 1926.

*Ogg: Governments of Europe, 1920.

*Wilson: The State, New Edition, 1919.

憲法學原理：美濃部達吉著。（有漢文譯本，何作霖歐宗祐譯，商務印

書館出版。）

(乙)專涉一國者：

(一)英國

Anson: Law and Custom of the Constitution, 2 vols., 1913

*Bagehot: The English Constitution, New Edition, 1913.

Dicey: Law of the Constitution, 1915.

*Emden: Principles of British Constitutional Law. 1925

Erskine May: Parliamentary Practice, 1924.

*Low: The Governance of England, 1914.

*Lowell: The Government of England, 2 vols., 1917.

Maitland: Constitutional History, 1908.

(二)法國

*Barthélemy-Duez: Droit Constitutionnel, 1925.

*Duguit: Manuel de Droit Constitutionnel, 1923.

Duguit: Traité de Droit Constitutionnel, 5 vols., 1925.

Duguit et Monnier: Les Constitutions et les Principales Lois Constitutionnel' et Organiques de France depuis 1789, 1924.

Pierre: Traité de Droit Politique Electoral et Parlementaire, 1924.

Sait: Government and Politics of France, 1920.

法國政府大綱：趙蘊琦編（商務印書館出版。）

(三) 美國

*Beard: American Government and Politics, 1928.

Beck: The Constitution of the United States, 1922.

*Bryce: The American Commonwealth, 2 vols., 1910.

The Federalist. 1788.

Holcombe: State Government in the United States, 1917.

Story: Commentaries on the Constitution of the United States, 2 vols 1891.

Thorpe: American Charters, Constitutions and Organic Laws, 7 vols., 1910.

*Willoughby: The American Constitutional System, 1904.

Willoughby: United States Constitutional Law, 2 vols., 1910.

美國政府大綱：趙穡琦編（商務印書館出版。）

(四)德國

*Brunet: La Constitution allemande du 11 Aout, 1919, 1921.

德國新憲法論：何作霖歐宗祐譯（此卽前書之譯本，商務印書館出版。）

*Giese: Verfassung des Deutschen Reichs vom 11, 8, 1919, 1925.

Graham: New Governments of Central Europe, 1924.

*Hatscheck: Das Reichsstaatsrecht, 1924.

Hue de Grais: Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preussen und dem Deutschen Reiche, 1926.

*Oppenheimer: The Constitution of the German Republic, 1923.

Stier-Somlo: Verfassung des Deutschen Reichs vom 11, 8, 1919, 1925.

(五)瑞士

Bonjour: La Démocratie Suisse, 1919.

瑞士民主政治：許同華譯（此即前書之譯本，商務印書館出版。）

Brooks: Government and Politics of Switzerland, 1920.

瑞士的政府和政治：趙藴琦譯（此即前書之譯本，商務印書館出版。）

Burckhardt: Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung, 1905.

Fleiner: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923.

(六)俄國

Bach: Le Droit et les Institutions de la Russie Soviétique, 1923.

*Guest: The New Russia, 1926.

*Postgate: The Bolshevik Theory, 1920.

Rothstein: The Soviet Constitution, 1923.

(七)英國屬地

Boden: Canadian Constitutional Studies, 1922.

*Bryce: Canada: An Actual Democracy, 1921.

Hall: The British Commonwealth of Nations, 1920.

Keith: Responsible Government in the Dominions, 2 vols., 1927.

*Kennedy: The Constitution of Canada, 1923.

Kennedy: The Nature of Canadian Federalism, 1921.

Lewin: The Commonwealth of Australia, 1917.

*Moore: The Constitution of Commonwealth, 1910.

Nathan: The South African Commonwealth, 1919.

Quick: The Legislative Powers of the Commonwealth and the States of Australia,

1919.

*Swift MacNeill: Studies in the Constitution of the Irish Free State, 1925.

(八)日本

*帝國憲法義解：伊藤博文著（商務印書館有漢譯本。）

憲法精義：美濃部達吉著。

*日本憲法：美濃部達吉著。

(九)中國

中華民國憲法史：吳宗慈編。

中國年鑑（民國十三年）：商務印書館編輯。

（就中『憲法』及『國會』兩章，載有諸種約法與憲法草案及各省省憲與省憲草案。）

法令大全：商務印書館編輯。

國民政府現行法規：法制局編輯。

（丙）彙載列國憲法正文者：

Dareste: Les Constitutions Modernes, 2 vols., 1910.

Dodd: Modern Constitutions, 2 vols., 1919.

*MacBain and Rogers: The New Constitutions of Europe, 1923.

世界各國憲法：土橋友四郎譯著。

世界現行憲法：商務印書館編譯（兩册。）

世界新憲法：商務印書館編譯。（載有德，普，奧，波蘭，察哥斯拉夫，猶戈斯拉夫及蘇俄憲法。）